

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXVIII
2022



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Directora

Prof.^a Dra. ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Secretaria

Prof.^a Dra. TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.^a Dra. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. RAÚL SUSÍN BELTRÁN
Universidad de La Rioja

Prof. Dr. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Prof.^a Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Prof.^a Dra. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof.^a Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Prof.^a Dra. ISABEL LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

Prof.^a Dra. PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Prof. Dr. JOSÉ LUIS PÉREZ TREVIÑO
Universidad Pompeu Fabra

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA
Universidad de Salamanca

Prof. Dr. RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universitat de Barcelona

Prof.^a Dra. ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano

Prof. Dr. MARIO. G. LOSANO
Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Periodicidad: Anual
Precio del Tomo: 30,00 € (más gastos de envío).

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Secretariado: Departamento de Filosofía del Derecho y Política;
Facultat de Dret, Universitat de València, Av. dels Tarongers, S/N,
46022 VALENCIA
E-mail: afd@mjusticia.es

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXVIII
2022

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2022

AFD Anuario de Filosofía del Derecho

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), que se edita desde 1953 por el centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.



<http://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

ISSN: 0518-0872

NIPO (AEBOE): 090-20-128-0 (edición en papel)

090-20-129-6 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de Justicia): 051-15-010-1 (edición en papel)

051-15-049-6 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

PRESENTACIÓN DEL ADF 2022

El volumen XXXVIII (nueva época) del Anuario de Filosofía del Derecho, en el apartado relativo a Estudios de Teoría y de Filosofía del Derecho, recoge doce artículos, ordenados alfabéticamente por autor o autora. En ellos se abordan diversas temáticas vinculadas a las dimensiones teóricas y prácticas de nuestra área de conocimiento, lo que evidencia su pluralidad y riqueza. Un primer trabajo de M.^a Cruz Díaz de Terán nos acerca a la relación entre el carácter masculino que durante siglos ha tenido la actividad política y el veto a la mujer en el acceso a los estudios de Derecho. El artículo se centra en las juristas parlamentarias de las Cortes Constituyentes de 1977-1979. En “Juristas parlamentarias en la transición: las herederas de una larga historia” se reconoce el valor de las aportaciones de dichas mujeres para recuperar y consolidar la democracia.

Por su parte, Nacho Hernández se ocupa del papel que juega la nacionalidad como llave para el ejercicio de los derechos humanos. Ese vínculo entre el Estado soberano y el individuo es una poderosa herramienta de exclusión en el disfrute de los derechos. Como animal político el individuo busca formar parte de una comunidad en la que interactuar de forma frecuente y positiva, a través de relaciones duraderas y afectuosas, para su plena autorrealización. Sin embargo, como señala el autor, a pesar de los esfuerzos que se han realizado desde el derecho internacional, las personas apátridas continúan siendo las grandes excluidas en este círculo de pertenencia con múltiples efectos.

Los desafíos de las nuevas tecnologías son el tema central del estudio “La violencia de género y el uso de algoritmos como herramienta efectiva para la protección de los derechos fundamentales” de Nieves Macchiavelli. En este trabajo se sostiene que en lo relativo a la violencia, el uso de tecnología como la inteligencia artificial puede ayudar a minimizar ciertos tipos o aspectos de la misma. El éxito o el fracaso de la aplicación de la inteligencia artificial a este contexto dependerá de

una selección estratégica de técnicas inteligentes actualmente disponibles. En opinión de la autora, la automatización de procesos penales en el contexto de la violencia o la clasificación y detección inteligente empleadas en el proyecto I-Map, son buenos ejemplos de uso adecuado de la inteligencia artificial. Para implementar un correcto uso de la inteligencia artificial es necesario desarrollar las técnicas que mejor se adapten al objetivo buscado, lo que implica la formación de equipos multidisciplinarios y la gobernanza de datos.

El trabajo de Javier Martín-Lanas expone las limitaciones que el liberalismo de Nozick presenta para sancionar ciertas conductas omisivas. En su obra *“Anarquía, Estado y utopía”* se defiende una concepción negativa de la libertad y se asientan los pilares de un «Estado mínimo» que protege a sus ciudadanos contra terceros. Desde esa perspectiva, se permite la imposición de prohibiciones, pero no de obligaciones. En “El liberalismo de Nozick frente al dilema de la omisión”, el autor sostiene que dicho liberalismo adolece de obstáculos teóricos para sancionar algunas conductas omisivas que ocasionan o permiten peligros y resultados especialmente graves.

Por su parte, la aportación de José María Martínez de Pisón se centra en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la identidad de género de las personas transexuales. Aunque en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos no existe un derecho que reconozca y proteja la situación del colectivo trans, dicho Tribunal ha elaborado una doctrina propia a partir del artículo 8 del CEDH sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En “La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, se propone un exhaustivo análisis de las obligaciones negativas y positivas de los Estados y su aplicación a la protección de la autonomía personal, de la libertad y de la dignidad humana de las personas transexuales.

Cristina Monereo en “Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional”, analiza cómo la pandemia ha confirmado la implantación de un sistema de poder favorecido por la sociedad digital, que combina de forma muy criticable clásicos binomios como libertad-seguridad o individuo-colectividad. Este sistema supuestamente ofrece más libertad a los individuos y utiliza los resultados del ejercicio de esa libertad para guiar las conductas de todos y ofrecer mayor certeza, seguridad y eficacia social. De este modo, se pervierte la dimensión humana relacional y se merma la autonomía individual que se construye a parte de la relación con otros. En esta situación, opina la autora que el Derecho tiene que actuar para que los individuos no sean instrumentalizados. En el contexto post-pandemia es imprescindible defender otro sentido de la seguridad referente a la desmercantilización de unos bienes básicos y también lo que nos define como humanos.

La violencia de género constituye el núcleo del trabajo de Marilù Porchia y Paulo Fernando Lévano titulado “Más que palabras: aspectos de la misoginia en línea”. Este estudio se centra en entender cómo

las dinámicas de género se reproducen entre los usuarios de Internet. El artículo ofrece una aproximación legal, desde una perspectiva de género, al odio tal y como aparece en la legislación internacional y europea, con el fin de comparar las legislaciones de Italia y España. El objetivo es mediar el conflicto entre libertad de expresión y los compromisos de los Estados para dotar a específicos sujetos de protección contra formas de violencia de género que ocurren en Internet.

Sin salir del ámbito de la violencia de género, pero desde otra perspectiva, el artículo de Paula Reyes “En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?” pretende alertar sobre la ocultación de dicha violencia a través de “la alta conflictividad” en las rupturas familiares que encubre los daños sufridos por los hijos e hijas. Según la autora para paliar los daños derivados de la “alta conflictividad”, se está asentando jurisprudencialmente la coordinación de parentalidad. De la jurisprudencia se desprende que dicho método de resolución de conflictos se aplica en contextos de violencia de género, con el fin de restablecer o normalizar la relación del padre que ejerce violencia de género con sus hijos e hijas.

El fuerte nexo de conexión entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Penal aparece en el estudio de Víctor Gabriel Rodríguez titulado “Nuevas tendencias del perdón en derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz”. Para la resolución de conflictos sociales, más allá de la pretensión de legitimar las sanciones con teorías que indican sus finalidades, los penalistas intentan definir prácticas de perdón, creando hipótesis dentro de las cuales el Estado puede dejar de castigar. Sin embargo, los estudios contemporáneos presentan algunos equívocos a la hora de interpretar cuáles son las prácticas de perdón efectivo. Este trabajo realiza un recorrido sobre los orígenes del perdón en la religión y busca sus correspondencias en prácticas contemporáneas, para intentar disminuir la equivocidad del perdón y adoptarlo como un modo de evitación eficaz de castigos innecesarios.

David Sánchez centra su reflexión en una posición humanista antropo-descentrada y no antropocéntrica, en la que lo humano está presente en cualquier proceso cultural, pero no solo desde la versión ofrecida por la cultura Occidental. En “Humanismo intercultural biocentrado: una propuesta desde lo común”, se combina la defensa de los derechos humanos con posiciones más geo-céntricas o bio-céntricas, que dan prioridad y giran en torno a los derechos de la Naturaleza. Esta interrelación se complementa con una mirada intercultural con la que se reivindica todo proceso en el que tanto a los seres humanos como a la Naturaleza se les tratan como sujetos a partir de las sociabilidades y relaciones sociales. Según el autor, lo común es la base de estas tramas sociales con perspectiva intercultural.

En “Lex artis” José Antonio Seoane analiza este criterio que utiliza el Derecho para determinar la corrección de la práctica médica y, por analogía, de otras profesiones o actividades. Este trabajo explica el

significado normativo y el funcionamiento de la *lex artis*, es decir, qué clase de norma es y cómo guía el ejercicio profesional. El autor concluye que la *lex artis* es un estándar, es decir, un tipo de norma que no exige un resultado ni indica qué se debe hacer, sino que prescribe cómo debería actuar el profesional: un ejercicio diligente, prudente y razonable que ha definirse en cada caso y en cada paciente. La *lex artis* es un saber cómo, que confirma que el ejercicio profesional y el razonamiento médico son ejemplos de razonabilidad y sabiduría práctica.

Por último, Jorge Urdániz en “El derecho al sufragio igual: la cuadratura del círculo” propone un sistema electoral igualitario para el Congreso de los Diputados que, a diferencia de las propuestas efectuadas hasta ahora, no necesitaría modificar la actual Constitución. La interpretación constitucional en la que se basa, según palabras del autor, podría extenderse a otras constituciones democráticas.

En el rótulo de crítica bibliográfica se presenta una variedad de reseñas sobre libros dedicados a diversas materias filosófico-jurídicas que invitan al estudio, diálogo y la reflexión crítica. Esta parte recoge nueve reseñas sobre publicaciones recientes de temas muy diversos que reflejan la pluralidad de ámbitos y enfoques de investigación en los que se trabaja desde la Filosofía del Derecho y Política. La finalidad de este espacio no es otra que seguir ofreciendo información de interés sobre la prolija producción literaria de nuestra área de conocimiento.

La sección destinada a las noticias recoge actividades e iniciativas académicas sobre Filosofía Jurídica y Política que dan buena cuenta de la variedad en esta disciplina. En primer lugar, Cristina Hermida da a conocer la creación de La Comisión de Ética Judicial. Este es un organismo independiente del Consejo General del Poder Judicial, cuya función esencial es la de emitir dictámenes e informes en relación con las consultas que les planteen los jueces y magistrados sobre la interpretación de los Principios de Ética Judicial. En segundo lugar, Fernando Llano comenta el primer Congreso Internacional sobre Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho que tuvo lugar los días 1 y 2 de diciembre del año 2021, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Dicho encuentro reunió a destacados especialistas en Nuevas Tecnologías, Informática, Robótica e Inteligencia Artificial jurídica dentro del panorama iusfilosófico español e italiano contemporáneo. Por último, Guillermo Reyes, Jesús Mora y Óscar Pérez presentan Estrategia Minerva Podcast, una iniciativa para divulgar la filosofía, que aprovecha las nuevas posibilidades de la tecnología para acercar la filosofía a las personas, para que desarrollen su sentido crítico, conozcan mejor sus posibilidades y puedan tomar mejor sus decisiones.

La parte dedicada a las necrológicas recoge, esta vez, un homenaje a Eugenio Bylygin que falleció el 11 de mayo de 2021, en Buenos Aires, víctima de la pandemia de Covid. Su recuerdo nos lo ofrece José Juan Moreso, desde el reconocimiento a su obra y desde la orfan-

dad intelectual que suscita el haber perdido a quién transmitió una especial forma de practicar la filosofía como análisis conceptual.

Finalmente, quisiera mostrar mi agradecimiento a todas aquellas personas que hacen posible esta publicación y que con su esfuerzo permiten que el Anuario de Filosofía del Derecho siga renovando el sello de calidad editorial y científica de las revistas españolas FECYT y aumente su indexación. Una novedad importante que reseñar para seguir avanzando en la excelencia, es el esfuerzo que ha realizado este Anuario, con el continuo soporte de Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, y el Ministerio de Justicia, para implementar el uso de la plataforma OJS en la gestión de los próximos números de la revista. Este sistema tiene múltiples ventajas, entre ellas, la de distribuir mejor sus contenidos, pudiendo llegar a más personas interesadas, lo que repercutirá en el impacto del número de descargas y de citas. El sistema OJS abre nuevas posibilidades para continuar a la vanguardia del conocimiento. Como conclusión, hay que recordar que esta publicación es un espacio abierto de diálogo científico, desde el que se invita a participar a toda la comunidad académica en el contexto de la reflexión iusfilosófica sobre los desafíos presentes y futuros.

Enero de 2022

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2022: ÁNGELES SOLANES CORELLA (directora del Anuario)	5
 I. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
DÍAZ DE TERÁN VELASCO, María Cruz (Universidad de Navarra). <i>Juristas parlamentarias en la Transición. Herederas de una larga historia</i>	17
HERNÁNDEZ MORENO, Nacho (Universidad de Murcia). <i>La nacionalidad como llave para el ejercicio de los derechos humanos</i>	37
MACCHIAVELLI, Nieves (Universidad de Buenos Aires). <i>La violencia de género y el uso de algoritmos como herramienta efectiva para la protección de los derechos fundamentales</i>	59
MARTÍN-LANAS, Javier (Universidad Pública de Navarra). <i>El liberalismo de Nozick frente al dilema de la omisión</i>	77
MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José María (Universidad de La Rioja). <i>La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	105
MONEREO ATIENZA, Cristina (Universidad de Málaga). <i>Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional</i>	137
PORCHIA, Marilù (Italian Bar of Law) LÉVANO, Paulo Fernando (Universidad de Lima). <i>Más que palabras: aspectos de la misoginia en línea</i>	159
REYES CANO, Paula (Universidad de Granada). <i>En torno a la coordinación de parentalidad: ¿Garantía o desprotección de los derechos de la infancia?</i>	185

	Pág.
RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel (Universidade de Sao Paulo). <i>Nuevas tendencias del perdón en Derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz</i>	215
SÁNCHEZ RUBIO, David (Universidad de Sevilla). <i>Humanismo intercultural biocentrado: una propuesta desde lo común</i>	251
SEOANE, José Antonio (Universidade da Coruña). <i>Lex artis</i>	275
URDÁNOZ, Jorge (Universidad Pública de Navarra). <i>El derecho al sufragio igual: la cuadratura del círculo</i>	301

II. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BALLESTEROS, Jesús, <i>Domeñar las finanzas, cuidar de la naturaleza</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Lukas Romero Wenz (Universitat de València)	329
BENTHAM, Jeremy, <i>Sobre el homoerotismo</i> , Laetoli, Pamplona, 2020. Carla Romero Álvarez (Universidade de Santiago de Compostela).....	333
CASADO, María, López Baroni, Manuel Jesús (coords.), <i>El Convenio de Oviedo cumple 20 años. Propuestas para su modificación</i> , Universitat de Barcelona Edicions, Barcelona 2021. Martí Colom Nicolau (Universitat de Barcelona).....	337
DE LUCAS, Javier, <i>Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter</i> . Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. María José Añón Roig (Universitat de València)	341
GIMENO PRESA, María Concepción, <i>¿Qué es juzgar con perspectiva de género?</i> , Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020. Victoria Iturralde Sesma (Universidad del País Vasco).....	346
HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, <i>Teoría general de las decisiones judiciales</i> , Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, Juan José Iñiesta Delgado (Universidad de Murcia)	350
HERMIDA DEL LLANO, Cristina (coord), <i>Discriminación racial, intolerancia y fanatismo en la Unión Europea</i> , Dykinson, Madrid, 2020. Mario Merino (Universidad Rey Juan Carlos)	356
SANDEL, Michael, <i>The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?</i> , Allen Lane, 2020, César Arjona Sebastià (ESADE. Universitat Ramon Llull).....	361
RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, Juan Ramón, <i>Casos difíciles de conciencia judicial</i> , Dykinson, Madrid, 2020. Leopoldo José Prieto López (Universidad Francisco de Vitoria).....	367

	Pág.
III. NOTICIAS	
<i>La comisión de ética judicial</i> (Cristina Hermida del Llano, Universidad Rey Juan Carlos)	375
<i>Congreso internacional sobre inteligencia artificial, robótica y filosofía del derecho, Sevilla, 1-2 de diciembre de 2021</i> (Fernando H. Llano Alonso, Universidad de Sevilla)	377
<i>Estrategia Minerva podcast, una iniciativa para divulgar la filosofía</i> (Guillermo Reyes Pascual, Jesús Mora y Oscar Pérez de la Fuente, Universidad Carlos III de Madrid).....	380
IV. OBITUARIO	
<i>Eugenio Bulygin (1931-2021): El ruso encantador</i> (JOSÉ JUAN MORESO. Universitat Pompeu Fabra de Barcelona) ...	385

I

**ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

Juristas parlamentarias en la Transición:
Las herederas de una larga historia¹

*Women parliamentary jurists in transition:
the heirs of a long history*

Por M.^a CRUZ DÍAZ DE TERÁN VELASCO
Universidad de Navarra

RESUMEN

El presente trabajo busca establecer una relación entre el marcado carácter masculino que durante siglos ha tenido la actividad política y el veto a la mujer en el acceso a los estudios de Derecho. Partiendo de la explicación de la regla prohibitiva y el recuerdo de las juristas parlamentarias pioneras de principios del siglo xx, el estudio se centra en las juristas parlamentarias de la Transición, en concreto, en las que formaron parte de las Cortes Constituyentes de 1977-1979. El objetivo último es reconocer el valor de las aportaciones de todas aquellas mujeres que, en unos años difíciles en España, se enfrentaron no solo al reto de realizar unos estudios con limitadas salidas profesionales para ellas, sino que participaron en aquella legislatura con la esperanza de recuperar y consolidar la democracia.

Palabras clave: *pioneras, juristas parlamentarias, Clara Campoamor, Teresa Revilla, igualdad, paridad.*

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la Red de formación y fortalecimiento del impacto femenino en los ecosistemas de innovación (620RT0013-Red-Winn), dentro del Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (Programa Cyted).

ABSTRACT

This paper tries to establish a relationship between the masculine character that for centuries has had political activity and the prohibition on women to access Law studies. To achieve this, the work begins by explaining the prohibitive rule and reminding the pioneer parliamentary jurists of the early twentieth century. The paper focuses on the parliamentary jurists of the Transition, specifically, in which were part of the Constituent Courts of 1977-1979. The ultimate goal is to honor those women who, in difficult years in Spain, faced the challenge of conducting studies with limited professional opportunities for them, and also were in that legislature with the hope put in the democratic recovery.

Keywords: *women pioneers, women lawyers, parliamentary women, Clara Campoamor, Teresa Revilla, equality, parity.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA REGLA PROHIBITIVA PARA TODAS LAS MUJERES DE ACTUAR EN LAS CAUSAS *PRO ALIIS*. 2.1 *El caso de Afrania*. 2.2 *La exclusión de la participación en la vida pública*. – 3. JURISTAS ESPAÑOLAS PARLAMENTARIAS EN LAS CORTES CONSTITUYENTES. 3.1 *Las juristas españolas parlamentarias en las Cortes Constituyentes de 1931*. 3.2 *Las juristas españolas parlamentarias en las Cortes Constituyentes de 1978*. 3.3 *Consecuencias y alcance de su presencia*. – 4. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE PROHIBITIVE RULE FOR ALL WOMEN TO ACT IN *PRO ALIIS* CAUSES. 2.1 *The Afrania case*. 2.2 *Exclusion from participation in public life*. – 3. SPANISH PARLIAMENTARY LAWYERS IN THE CONSTITUENT COURTS. 3.1 *The Spanish parliamentary jurists in the Constituent Cortes of 1931*. 3.2 *The Spanish parliamentary jurists in the Constituent Cortes of 1978*. *Consequences and scope of its presence*. – 4. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

En las primeras elecciones democráticas celebradas en España el 15 de junio de 1977, fue elegido presidente del Gobierno Adolfo Suárez, iniciándose así la primera legislatura de la Democracia. Después de Suárez, España ha tenido seis presidentes del Gobierno: Leopoldo Calvo Sotelo, Felipe González, José María Aznar, José Luis Rodríguez Zapatero, Mariano Rajoy y Pedro Sánchez. Todos ellos,

excepto Leopoldo Calvo Sotelo, ingeniero de Caminos, y Pedro Sánchez, economista, eran licenciados en Derecho.

No es de extrañar la vinculación entre el Derecho y la Política, ya que ambas tienen como categoría nuclear al bien común –aunque con perspectiva distinta–². De ahí que los estudios de Derecho sean, en numerosas ocasiones, el punto de partida para desarrollar una labor profesional en trabajos que, por su responsabilidad, pueden tener importantes consecuencias para la convivencia social como son la política, las tareas legislativas, posiciones en determinadas instituciones, etc. La vocación al servicio de la comunidad, buscando garantizar la mejor gestión de la *res publica* ha sido históricamente una inspiración en las personas que se han dedicado al Derecho y a la Política. Pero, a su vez, este campo de lo público se ha caracterizado durante siglos por un protagonismo esencialmente masculino.

Entre las causas de esta ausencia casi total de mujeres en la esfera pública podría estar la prohibición a las mujeres de actuar en las causas *pro aliis*, prohibición que supuso su llamativa falta de presencia en el mundo del Derecho desde el siglo II hasta principios del siglo XX. Un argumento que vendría a avalar esta hipótesis, es que, una vez que la mujer pudo acceder a los estudios de Derecho en España, de las tres diputadas que fueron elegidas en 1931 –primera vez en que las mujeres podían ser electas– dos de ellas eran licenciadas en Derecho. De hecho, entre las pioneras juristas no fueron pocas las que se decidieron por la vida política.

Tras la Guerra Civil, la mujer –sobre todo la casada– sufrió importantes recortes en sus derechos, entre otros, el veto por ley a participar en las oposiciones a Notaría, Registro de la Propiedad, Abogacía del Estado y Judicatura³, limitándose así las opciones de aquellas que optaban por estos estudios. Probablemente esta limitación en las salidas profesionales contribuyó a que casi veinte años después del fin de

² Señala A. E. Pérez Luño, siguiendo doctrina clásica, que «el bien común aparece como el criterio básico de legitimación jurídico-política, que actúa orientando la finalidad de la ley, la cual, a tenor de su lapidaria definición, supone la ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene al cargo el gobierno de la comunidad». PÉREZ-LUÑO, A. E. y otros.; *Teoría de Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 337.

³ Durante la República, el Decreto de 29 de abril de 1931 había permitido a las mujeres acceder al Cuerpo de Notarios y Registradores, no obstante, la prohibición a participar en las oposiciones de Judicatura siguió vigente durante la República por la Orden de 16 de noviembre de 1934. Durante la Dictadura, el reglamento Notarial de 1944 excluyó de nuevo a las mujeres del Cuerpo Notarial, si bien en su disposición transitoria 1.ª permitía a las mujeres que hubieran solicitado participar en oposiciones anteriores, presentarse en las dos convocatorias siguientes. Fueron tres las mujeres que lo hicieron: M.ª Consuelo Mendizábal Álvarez (1942), Margarita Buadín (1944) y Carolina Bono Huerta (1947). Posiblemente por influencia del Reglamento Notarial de 1944, la mujer fue apartada *de facto* del acceso a este cuerpo, siendo expresamente excluida por la Orden de 15 de julio de 1959, por la que se aprobó el nuevo reglamento para oposiciones del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad.

la guerra, en el curso 1957-1958, solo el 5% de las personas matriculadas en Derecho en España fuesen mujeres (5%)⁴.

La aprobación en la etapa tardofranquista de la Ley de 22 de julio de 1961, de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, junto con las reformas que introdujo la Ley 96/1966, de 28 de diciembre⁵, permitieron finalmente que la mujer pudiese acceder a las mismas ocupaciones profesionales que sus compañeros hombres⁶, estando hoy día totalmente normalizada la presencia de la mujer en los estudios de Derecho⁷. De manera paralela a esta realidad, el número de mujeres parlamentarias en España ha ido incrementándose y, si bien sigue habiendo mayoría de hombres, en la última legislatura (XIV Legislatura), las mujeres representan el 43% del hemiciclo.

A lo largo de estas páginas se va intentar establecer una relación entre el marcado carácter masculino que durante siglos ha tenido la actividad política y el veto a las mujeres en el acceso a los estudios de Derecho. Para ello, partiendo de la explicación de la regla prohibitiva y recordando a las juristas parlamentarias pioneras de principios del siglo xx, el trabajo se centrará en las juristas parlamentarias de la Transición, en concreto, en las que formaron parte de las Cortes Constituyentes de 1977-1979.

Durante mucho tiempo, el Derecho ha reflejado la imagen que los hombres tenían del mundo, incluyendo la visión que tenían de las mujeres. Por eso, junto con el objetivo anterior, se va a intentar detectar la impronta de las mujeres juristas en los textos constitucionales para corroborar si, con sus aportaciones, el Derecho alcanza una visión más real y completa. La metodología escogida es básicamente

⁴ En concreto, había matriculadas 17.847 personas, 16.960 (95%) hombres y 887 (5%) mujeres. En ese curso académico (1957/58), el porcentaje de mujeres en Farmacia fue del 52,7% y del 62,7% en Filosofía y Letras. De las siete licenciaturas de las que se tienen datos segregados de ese año, solo Veterinaria contaba con un porcentaje de mujeres inferior a Derecho, en concreto, el 0,8%. Hay que tener en cuenta para la correcta valoración del dato que estos estudios se impartían solo en Madrid, León, Córdoba y Zaragoza, mientras que los de Derecho se podían realizar en todas las Universidades (Barcelona, Granada, La Laguna, Madrid, Murcia, Oviedo, Salamanca, Santiago, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza). Vid. <http://www.ine.es/inebaseweb/treeNavigation.do?tn=174023&tns=173188#173188>

⁵ Ley 96/1966, de 28 de diciembre, suprimiendo la limitación establecida en el apartado c) del número dos del artículo tercero de la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos de la mujer.

⁶ Cfr. DÍAZ DE TERÁN, M. C.; «Voz, liderazgo y participación. Superar la barrera de invisibilidad de la aportación de la mujer al Derecho: un reto educativo», *Revista Prisma Social*, 25, 2019, pp. 23-40.

⁷ En el curso 2015/16, último del que se tiene referencia, el porcentaje de mujeres en las Facultades de Derecho en España era del 55,5% (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte 2015-2016). En cuanto al número de mujeres egresadas en Ciencias Sociales y Jurídicas en el curso 2017/18 (último de que se tiene referencia) fue del 48,8% (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades 2018-2019). Vid. <http://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:2af709c9-9532-414e-9bad-c390d32998d4/datos-y-cifras-sue-2018-19.pdf>

descriptiva, que espero sirva para confirmar que, a pesar de su inferioridad numérica, las aportaciones de las juristas parlamentarias tuvieron su reflejo y sus consecuencias en el texto Constitucional. Por último, el objetivo final de este trabajo es rendir un homenaje a todas aquellas mujeres que, en unos años difíciles en España, se enfrentaron no solo al reto de realizar unos estudios con limitadas salidas profesionales para ellas, sino que estuvieron en aquella legislatura con la esperanza puesta en la recuperación democrática. Mujeres con distintas sensibilidades, pero unidas por el Derecho y por un innegable deseo de contribución a la democracia en España.

2. LA REGLA PROHIBITIVA PARA TODAS LAS MUJERES DE ACTUAR EN LAS CAUSAS *PRO ALIIS*

2.1 El caso de Afrania

Si hay un aspecto de la vida jurídica en el que la mujer ha estado especialmente discriminada ha sido en el ejercicio de la práctica forense. Desde el siglo II se estableció una regla en el Derecho romano que prohibía a las mujeres actuar en las causas ajenas. El origen de esta prohibición nos ha llegado a través de las narraciones de Valerio Máximo. En sus *Hechos y dichos memorables*, en el apartado «Sobre las mujeres que se defendieron a sí mismas o defendieron a otras personas, ante los magistrados», menciona el caso de Afrania⁸, en el que afirma:

«Gaya Afrania [C. Afrania], esposa del senador Licinio Bucón, tan presta como era a mezclarse en litigios, se defendía siempre a sí misma delante del pretor, y no porque le faltasen abogados, sino porque le sobraba la desvergüenza. Así, revolucionando una y otra vez los tribunales con aquellos ladridos tan inusuales en el foro, acabó convirtiéndose en un claro ejemplo de maquinación mujeril, hasta el punto de que a las mujeres de malas costumbres se les asignó el injurioso apodo de «Gaya Afrania». Alargó esta sus días hasta el año que Gayo César fue cónsul por segunda vez, junto a Publio Servilio: de un monstruo como aquél, trae más cuenta transmitir a la posteridad la fecha de su muerte que la de su nacimiento»⁹.

⁸ Sobre el caso de Afrania pueden consultarse, entre otros, LÓPEZ GÜETO, A.; *El Derecho romano en femenino singular*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 91-93; RESINA SOLA, P.; «Una voz femenina en el foro romano y un edicto mordaza», en *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 515-529; SCIASCIA, G.; «Cafarnia e as mulheres advogadas», en *Varietà Giuridiche. Scritti Brasiliani di diritto Romano e Moderno*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 13 ss.

⁹ Cfr. VALERIO MÁXIMO, *Hechos y dichos memorables*, Libro VIII, capítulo 3, párrafo 2, Madrid, Ed. Gredos, 2003, pp. 77-78.

Posteriormente, el Digesto de Justiniano, en su Libro III, Título I, titulado *Sobre la defensa por los Abogados*, recoge los comentarios de Ulpiano sobre el caso de Afrania, manifestando que:

«En segundo término, se propone el edicto contra aquellos a quienes se prohíbe que *aboguen por otros*. En esta parte el pretor estableció exclusiones por razón del sexo y de algunos defectos, y señaló también a las personas tachadas por la nota de infamia. En cuanto al sexo, prohíbe que las mujeres aboguen por otro, y la razón de la prohibición es evitar que las mujeres se mezclen en causas ajenas en contra del pudor propio de su sexo, y desempeñen oficios viriles. Esta prohibición proviene del caso de Cafania¹⁰, una mujer muy descarada, que al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a este edicto»¹¹.

De la lectura de estos textos pueden extraerse varias consecuencias, entre las principales, que este episodio con Afrania de protagonista condujese a que un magistrado diese un edicto sobre la capacidad de actuación procesal de las mujeres abogadas que tendría una enorme incidencia en la historia. En otras palabras, el asunto de Afrania convirtió en norma general prohibitiva a todas las mujeres, con carácter permanente, la facultad de postular causas *pro aliis*.

Al recogerlo así el Edicto Pretorio Perpetuo (s. II d. C.), y al ser comentado posteriormente por Ulpiano¹² y por Paulo¹³, cuyas opiniones pasarían, elevadas a regla de Derecho, por los compiladores justinianeos, la norma prohibitiva a las mujeres se fue consolidando en el marco de los límites territoriales de Roma y su Imperio, extendiéndose a cualquier actividad en la vida política y en el foro. De ahí pasó a las Partidas¹⁴, expandiéndose por Europa y América, de manera que el

¹⁰ P. Resina indica que C. Afrania sería una lectura deformada de Carfania, y que las variantes (Ulpiano habla de Carfania, Valerio Máximo de C. Afrania, en las Partidas se habla de Calfurnia), erratas propias de la transmisión manuscrita del texto de Valerio Máximo y Ulpiano y de las fuentes que utilizaron. Cfr. Resina, P.; *Op. cit.*, p. 521.

¹¹ Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.5. *El Digesto de Justiniano*, Traducción de A. d'Ors y otros, Pamplona, Aranzadi, 1968, Tomo I, p. 137.

¹² D. 50.17.2, pr. 1, Ulp. 1 *Sab.*: «Las mujeres están apartadas de todas funciones civiles y públicas y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras», *Op. cit.*, Tomo III, p. 870.

¹³ D. 3.3.54, *Paul. 50 ed.*: «Ni la mujer, ni el militar, ni el que ha de hacer un viaje oficial o tiene una enfermedad crónica o va a hacerse cargo de una magistratura, o si no se le puede demandar contra su voluntad, se entiende sean defensores idóneos», *Op. cit.*, Tomo I, p. 154.

¹⁴ *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Madrid, Ed. de la Real Academia de la Historia, Imprenta Real, 1807, Partida III, Título VI, Ley 3, Tomo II, pp. 434-435: «Ninguna muger quanto quier que sea sabidor non puede seer abogada en juicio por otri: et esto por dos razones: la primera porque non es nin honesta cosa que la muger tome oficio de varon estando publicamente envuelta con los homes para razonar per otri: la la segunda porque antiguamente lo defendieron los sabios por una

veto a la mujer se mantuvo en los países occidentales hasta finales del siglo XIX y principios del XX¹⁵.

2.2 La exclusión de la participación en la vida pública

Al elevar a la categoría de regla del Derecho esta prohibición y ampliarse en la práctica a cualquier actividad en la vida política y el foro, en cuanto que se tradujo en el veto al acceso a las Magistraturas, Senado, Asambleas populares y a los tribunales—, la voz de la mujer quedó prácticamente excluida de la esfera pública, limitándose sus funciones a la esfera privada (principalmente, estar al frente del hogar y del cuidado del marido y de los hijos)¹⁶.

De este modo, cuando las armas ceden ante el Derecho¹⁷ y el uso de la palabra pasa a ser la forma civilizada de resolver los conflictos, se le niega a la mujer la posibilidad de exponer y desarrollar sus demandas en el foro. Su voz queda silenciada en el espacio público, quedando estigmatizada aquella que se atreviera a hablar fuera de casa¹⁸. Una de las principales consecuencias será la consolidación de su ausencia en el debate de las cuestiones públicas, quedando de esta manera desatendidas durante siglos muchas de sus demandas sociales.

muger que dicien Calfurnia que ra sabidor, pero atan desvergonzada et enojaba de guisa los jueces con sus voces que no podien con ella. Onde ellos catando la primera razon deximos en esta ley, et otrosi veyendo que quando mugeres pierden la vergüenza es fuerte cosa de orilas et de contender con ellas, et tomando escarmiento del mal que sofrieron de las voces de Calfurnia, defendieron que ninguna muger non podiese razonar por otri».

¹⁵ Ahora bien, estrictamente hablando, nunca estuvo prohibido que las mujeres pudiesen defender sus propias causas. Es más, el Edicto del Pretor mencionaba que solo las personas menores de diecisiete años y los sordos necesitaban ser representados en juicio (Cfr. López Güeto, A.; *Op. cit.*, p. 91; Resina, P.; *Op. cit.*, p. 524). De hecho, aparte del caso de Afrania, Valerio Máximo relata dos casos más: el de Mesia de Sentino y el de Hortensia. La primera fue acusada injustamente y, defendiéndose a sí misma, logró una sentencia absolutoria casi por unanimidad, si bien se decía también que «por ocultar bajo su cuerpo de mujer el genio propio de un varón, la apodaron la *andrógina*». En el caso de Hortensia, hija de Quinto Hortensio Hortalo, ilustre abogado, esta se personó ante los triunviros Antonio, Octavio y Lépido, para hablar en nombre de cerca de mil cuatrocientas matronas a quienes un edicto de los triunviros gravaba con un impuesto excesivamente oneroso. En concreto, se les exigía la tasación de su patrimonio y que aportasen elevadas cantidades para los gastos de la guerra civil, con importantes sanciones en caso de que escondieran sus bienes o falsearan la tasación. Hortensia, hablando en nombre de todas, obtuvo un resultado satisfactorio, al serles reducido de forma considerable. Si bien Valerio Máximo no deja escapar la oportunidad para atribuir al padre de Hortensia la transmisión de su capacidad de palabra. Cfr. VALERIO MÁXIMO, *Hechos y dichos memorables*, Madrid, Ed. Gredos, 2003, Libro VIII, capítulo 3, párrafo 2, pp. 77-78.

¹⁶ Cfr. RESINA, P.; *Op. cit.*, pp. 526-528.

¹⁷ Parafraseando a Cicerón, *Silent leges inter armas*, «En defensa de T. Anio Milón», en *Discursos*, Trad. de J. M. Baños, Madrid, Gredos, 1994, Tomo IV, p. 485.

¹⁸ Cfr. RESINA, P.; *Op. cit.*, pp. 526-528.

Y es que hay determinadas necesidades y carencias que, si no son puestas de manifiesto por quienes las sufren, no son atendidas. De ahí que muchas de estas demandas no tuviesen respuesta hasta principios del siglo xx, cuando la Real Orden de marzo de 1910 permitió que las mujeres accediesen a la educación superior sin permisos especiales, pudiendo acceder desde ese momento a las facultades de Derecho.

La aprobación de la Real Orden fue un primer paso en la conquista del espacio público. No obstante, los frutos de esta conquista se retrasaron en lo referente a las primeras juristas. Poner fin a dieciocho siglos de historia exige todo un cambio de mentalidad, de ahí que, si bien desde 1910 las mujeres pudieron estudiar Derecho, sus salidas profesionales estaban limitadas. Entre las causas de estas limitaciones estaba el hecho de que, entre la oferta educativa de principios de siglo, Derecho era de las que mayor proyección pública ofertaba a sus licenciados, de ahí que las limitaciones legales estuviesen vinculadas a la tradicional mal vista presencia de la mujer en el foro. De este modo, la presencia de la mujer en la esfera jurídica, dado su carácter principalmente de actividad pública, se entendía, en aras a la tradición y en el contexto de la época, difícilmente compatible, con el «decoro y la honestidad»¹⁹. Incluso algunos autores manifestaron su convicción acerca de que la naturaleza propia de la mujer la hacía inadecuada para el desempeño de muchas profesiones, entre ellas y de manera especial las jurídicas²⁰.

Estas limitaciones pudieron ser causa de disuasión entre aquellas mujeres que se planteaban estos estudios, provocando que su presencia en las aulas de Derecho se hiciese esperar. Finalmente, a pesar de las reticencias propias de principios del siglo xx, en 1922,

¹⁹ Siguiendo la tradición marcada por las Siete Partidas (Cfr. nota a pie 14).

²⁰ Tal era el parecer del catedrático de la Universidad Central de Madrid, Quintiliano Saldaña, quien afirmaba que la mujer por las «versatilidades de su carácter y desentonos del humor», siendo «portadora de un dispositivo sensible que actúa, ya obstaculizando, ya agudizando las secuelas penales del juicio ético», no podía ser jurado, calificando de «monstruo jurídico» a la mujer juez». SALDAÑA, Q.; *La Ley del Jurado comentada (estudio preliminar; glosas-jurisprudencia)*, Madrid, Libros Ibérica, 1935, p. 177. El también catedrático Niceto Alcalá-Zamora, si bien usando un tono más moderado, afirmaba que el temperamento de la mujer le impedía juzgar los delitos pasionales (únicos en los que la ley le permitía ser Jurado. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, N.; *Ensayos de Derecho procesal: civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Ed. de la Revista de Jurisprudencia de Argentina, 1944, p. 45. Es justo señalar que se manifestó en contra de la Orden ministerial de 16 de noviembre de 1934 que resolvió en sentido negativo el acceso de las mujeres a las profesiones judiciales, si bien lo hizo «no por entusiasmo hacia las mujeres jueces o fiscales, sino por lo arbitrario e infundado de la negativa en cuestión». ALCALÁ-ZAMORA, N.; *Op. cit.*, p. 26, nota 39. También hubo quienes, a través de sus crónicas, apoyaron la presencia de las mujeres en el mundo jurídico. Por citar un ejemplo, R. Nasarre Ariño, en la crónica que hizo para *La Voz de Aragón*, el 21 de mayo de 1932, con ocasión de la primera intervención femenina en España en el Tribunal del Jurado, daba la bienvenida a la mujer en la Audiencia. Cfr. *La Voz de Aragón*, Portada, 21 de mayo de 1932 (núm. 2.075).

M.^a Ascensión Chirivella se colegió en el Colegio de Abogados de Valencia. Unos años más tarde, en 1925, se colegiaron Victoria Kent y Clara Campoamor. Con ellas se daría un segundo paso imprescindible en la conquista del espacio público: la entrada en el Parlamento, al lograr ser elegidas diputadas en 1931. Ambas juristas –junto con Margarita Nelken– fueron las primeras parlamentarias españolas. Y así, tras muchos años de silencio relegadas a la esfera privada, la voz de las mujeres –dos juristas y una escritora– comenzó a ser escuchada en el foro público.

3. JURISTAS PARLAMENTARIAS ESPAÑOLAS EN LAS CORTES CONSTITUYENTES

La entrada en 1931 de mujeres en el Parlamento, órgano legislativo por excelencia, confirmó la capacidad –y la necesidad– de las mujeres para participar en los asuntos públicos. Si bien en términos numéricos su presencia podría parecer meramente testimonial (apenas eran el 1%), lo cierto es que su actividad parlamentaria fue mucho más allá de lo testimonial. Y lo mismo sucedió en 1977, cuando, recogiendo el legado de sus predecesoras, veintisiete mujeres, veintiuna en el Congreso y seis en el Senado (apenas el 5%), formaron parte de la primera legislatura de la democracia. En 1931, de las tres, dos eran juristas. En 1977, fecha en la que el acceso de la mujer a la educación superior comenzaba a normalizarse, de las veintisiete, cinco eran juristas.

En ambos casos se produjo, además, otro hecho relevante para el reconocimiento, tantas veces negado, de la capacidad de la mujer para las actividades públicas, al participar dos de ellas –juristas en ambos casos– en el proceso de elaboración constitucional²¹. Lo hicieron Clara Campoamor en la Comisión de Constitución de 1931 y Teresa Revilla en la Comisión Constitucional de 1977. La Constitución es el máximo texto jurídico vinculante, donde se establecen las normas básicas de convivencia. De ahí que una relación de la participación y las aportaciones en estas Comisiones de dos mujeres expertas en Derecho –representando a la «otra parte de la sociedad»– pueda servir para confirmar que su presencia y sus contribuciones fueron mucho más que una simbólica defensa de reivindicaciones de las mujeres. En otras palabras, como se va a intentar mostrar, las dos se emplearon a fondo para perfeccionar con su trabajo los proyectos de los textos constitucionales²². Proyectos que, con los posteriores debates parla-

²¹ La primera vez en las Constituyentes de 1931 y la segunda en las Constituyentes de 1977.

²² Cfr. SEVILLA, J. y otras.; *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Madrid, Cortes Generales, Ministerio de la Presidencia, 2006, pp. 83-84.

mentarios en los que intervinieron otras juristas parlamentarias, pasaron a convertirse en realidad.

3.1. Las juristas parlamentarias en las Cortes Constituyentes de 1931: las pioneras

La proclamación de la II República introdujo una novedad en el terreno político con importantes repercusiones para la visibilidad de la mujer en la esfera pública. Entre las reformas que introdujo el Decreto de 8 de mayo de 1931 modificando la Ley electoral de 1907 estaba que la mujer podía ser elegible, aunque no electora²³. Así, tras las elecciones generales de 1931 resultaron elegidas tres mujeres: Margarita Nelken, por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Victoria Kent, por el Partido Republicano Radical Socialista (PRRS) y Clara Campoamor, del Partido Radical (PRR).

Siendo las tres pioneras, Clara Campoamor lo fue por partida triple porque, además de su acta de diputada, fue la primera en tomar la palabra en el Parlamento, el 1 de septiembre de 1931, convirtiéndose en la primera voz parlamentaria de mujer en España²⁴, y fue además la primera mujer en participar en una comisión de Constitución. Efectivamente, en el Reglamento de las Cortes Constituyentes, preparado por el Gobierno y ratificado por aquellas, se reconoció la necesidad de crear una Comisión de Constitución con el fin de que elaborase el proyecto que posteriormente se debatiría en el Parla-

²³ Cfr. MONTES, J. J.; «La lucha por el sufragio: Clara Campoamor», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, pp. 855-856.

²⁴ No obstante, hay que matizar esta afirmación, ya que en la Asamblea Nacional (1927-1929), en la etapa del Directorio Civil de Primo de Rivera, varias mujeres accedieron a la representación nacional, ocupando escaños en el hemiciclo. Las bases para la convocatoria de la Asamblea se establecieron por el Real Decreto Ley de 12 de septiembre de 1927, cuyo artículo 15 decía que «a ella podrán pertenecer, indistintamente, varones y hembras, solteras, viudas o casadas, estas debidamente autorizadas por sus maridos y siempre que los mismos no pertenezcan a la Asamblea [...]». Su designación se hará nominalmente y de Real Orden de la Presidencia, acordada en Consejo de Ministros antes del 6 de octubre próximo». En el transcurso de su funcionamiento, la Asamblea Nacional elaboró un proyecto de Constitución que, de haber llegado a aprobarse, habría significado un gran paso para las mujeres, pues su artículo 55 preveía el voto integral para todos los españoles sin distinción de sexos. El 10 de octubre de 1927 la Asamblea Nacional, reunida en el Palacio del Congreso de los Diputados, celebró su primera sesión procediendo al nombramiento de los asambleístas. Fueron nombradas quince mujeres, trece pertenecientes al grupo de Representantes de Actividades de la Vida Nacional y dos como Representantes del Estado (vid. <http://www.congreso.es/docu/PHist/docs/06asam/D%20S%2010-10-1927.pdf>). Allí estuvieron, entre otras, Micaela Díaz, concejala de Madrid; María de Maeztu, directora de la Residencia de Señoritas; María de Echarri, concejala por Madrid e inspectora de Trabajo; y Concepción Loring, la primera mujer en hablar en el Parlamento español, el 23 de noviembre del citado año (vid. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/PapHist/PrimoRiv/legis_1927_1929/docs12091927).

mento. La Comisión fue nombrada en la sesión de 28 de julio en proporción numérica a los grupos parlamentarios²⁵ y estando presidida por el profesor de Derecho penal, Luis Jiménez de Asúa. Clara Campoamor había pedido de manera expresa a su partido que la designara para la Comisión, argumentando que se iban a discutir cuestiones fundamentales para la mujer y el niño y, por tanto, su participación podría ser muy efectiva. El partido no puso reparo y la designó²⁶.

Desde un primer momento, en la Comisión –y posteriormente en el debate parlamentario–, Campoamor se manifestó a favor de una serie de derechos de la mujer. Así, defendió con ahínco el voto de la mujer y la inclusión del derecho al sufragio universal dentro del articulado de la Constitución (artículo 34)²⁷. Además, abogó por el principio de no discriminación por razón de sexo (artículo 25)²⁸, el acceso de todos los españoles, sin distinción de sexo, a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (artículo 40)²⁹, el principio de igualdad civil en el matrimonio, el divorcio de mutuo acuerdo o a instancia de parte si concurría causa justa y la igualdad de hijos e hijas habidos dentro y fuera del matrimonio, así como la investigación de la paternidad (artículo 43). Un hilo conductor claro de su pensamiento que puede derivarse, tanto de sus intervenciones en la Comisión como en el posterior debate parlamentario y en sus escritos, era la idea de que el sexo no podía ser fundamento para ningún privilegio jurídico. La defensa de esta convicción la llevó a enfrentarse a sus propios compañeros de partido, que la abandonaron. Tampoco contó con el apoyo de sus compañeras parlamentarias, siendo célebres los enfrentamientos que mantuvo con Victoria Kent a costa del voto femenino³⁰.

Así pues, si bien Campoamor logró dar voz con sus argumentos a muchas de las reivindicaciones de las mujeres de la época y consiguió su reconocimiento constitucional, su activismo la llevó a ser defenes-

²⁵ Cfr. FANGOAGA, C. y SAAVEDRA, P.; *Clara Campoamor. La sufragista española*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2007, p. 111.

²⁶ Cfr. CAMPOAMOR, C.; *El voto femenino y yo. Mi pecado mortal*, Madrid, Horas y horas, 2006, p. 36.

²⁷ Cfr. MONTES, J. J.; *Op. cit.*, p. 856.

²⁸ FANGOAGA, C. y SAAVEDRA, P.; *Op. cit.*, p. 132 ss. Explican cómo finalmente se eliminó el «en principio» y quedó así redactado el artículo.

²⁹ Si bien no pudo evitar que se añadiese al artículo «salvo las incompatibilidades que las leyes señalen», salvedad que afectó a las profesiones jurídicas. Campoamor no cesó en su empeño; el 23 de junio de 1933 formuló en las Cortes varios ruegos dirigidos al Ministro de Justicia, Alvarez de Albornoz. Entre ellos estaba la admisión de la mujer a todas las carreras derivadas del título de abogado, «entre otras las de la Judicatura». Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, 23 de junio de 1933, núm. 359, p. 13619.

³⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de septiembre de 1931, núm. 46, pp. 1285-1288; Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 1 de octubre de 1931, núm. 48, pp. 1350-1355.

trada en la vida política española³¹. En las siguientes elecciones, celebradas en 1933, de las tres, solo repitió escaño Margarita Nelken, siendo la única mujer que mantuvo su acta de diputada durante todo el período republicano. Junto a ella fueron elegidas cuatro nuevas diputadas: Veneranda García Blanco, María Lejarraga y Matilde de la Torre, del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Francisca Bohigas, de la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA).

Finalmente, en 1936, en las últimas elecciones de la II República, se incorporaron dos nuevas diputadas: Dolores Ibárruri –la Pasionaria–, del Partido Comunista Español (PCE), que repetiría escaño en las elecciones de 1977, y la licenciada en Derecho, Julia Álvarez Resano, del Partido Socialista Obrero Español (PSOE)³².

3.2 Las juristas parlamentarias en las Cortes Constituyentes de 1977

El 18 de julio de 1936 estalló la Guerra Civil española, que finalizó el 1 de abril de 1939 y dio paso a casi cuarenta años del régimen dictatorial de Franco. Con la muerte de este el 20 de noviembre de 1975 y la posterior instauración de la Monarquía se inició un proceso de reformas que culminaría con la celebración de elecciones libres, el 15 de junio de 1977, y la redacción y posterior aprobación de la Constitución, el 28 de diciembre de 1978.

Esta etapa de cambios y de aspiraciones democráticas fue vista por muchos como una oportunidad para que sus voces se sintiesen en el foro y sus reivindicaciones ocupasen el lugar que les correspondían en la esfera pública. Entre los sectores de población que encarnaban la demanda de cambios había diversos grupos de mujeres, con distintas sensibilidades, pero que coincidían en exigir un cambio en la situación jurídica de la mujer respecto al régimen anterior; ya que, durante la época franquista, la situación jurídica de la mujer en España, sobre todo la casada,

³¹ Tras las elecciones de 1933, Lerroux le ofreció a Clara Campoamor la Dirección General de Beneficencia y Asistencia Social, cargo del que dimitió un años después, «aparte de las razones de índole política en que fue cuajando mi propósito de apartarme del partido radical, había razones especialísimas de criterio, de ideología y de actuación». Campoamor, C.; *Op. cit.*, p. 203. Pocos meses después pidió la baja en su partido por discrepancias. En 1935 solicitó el alta en Izquierda Republicana, pero su petición fue rechazada.

³² Sobre Julia Álvarez Resano, primera mujer nombrada Gobernadora Civil (1937) y Magistrada interina de un Tribunal (Tribunal Central de Espionaje y Alta Traición en 1938), puede consultarse, entre otros, PÉREZ-NIEVAS, F.; *Julia Álvarez Resano. Memoria de una socialista navarra (1903-1948)*, Navarra, Pamiela, 2007; DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C.; «Mujeres y profesiones jurídicas en Navarra», *Revista Príncipe de Viana*, 272, 2018, pp. 989-1003.

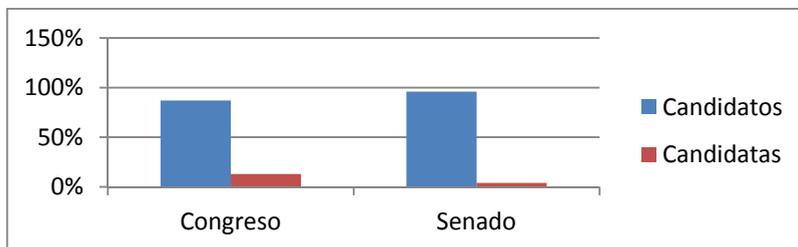
había sido de incapacidad prácticamente total, habiéndola relegado a una eterna minoría de edad³³.

De ahí que fueran varias las mujeres que vieron una oportunidad en la Ley de Reforma Política de 1977 y optaron por defender sus ideas adscribiéndose a un Partido político y concurriendo en sus listas en las elecciones. No obstante, los datos muestran que no fueron muchas y la mayoría aparecían en los últimos puestos de las listas. Entre las causas de esta escasa presencia podrían estar el cambio de mentalidad que suponía, tras cuarenta años de Dictadura, expresar libremente otras opciones políticas distintas a las del Régimen sin miedo a represalias. Cambio de mentalidad que probablemente fuese mayor en el caso de la mujer, cuya conquista del espacio público seguía siendo una tarea pendiente, no exenta de tradicionales prejuicios históricos. Para expresarlo de una manera más gráfica se puede acudir a los datos: en el caso del Congreso de los Diputados, para disputarse los 350 escaños, se presentaron 5.359 candidatos y candidatas, de los cuales, el 87% eran hombres (4.655) y el 13% eran mujeres (708). En el caso del Senado, la diferencia porcentual de presencia de candidatos de uno u otro sexo fue todavía mayor: el 96% de los candidatos presentados para la elección eran hombres (938) y tan solo el 4% del total eran mujeres (39)³⁴.

³³ Hay que alabar al respecto la labor llevada a cabo por María Telo Núñez, Belén Landáburu González, Carmen Salinas Alfonso y Concha Sierra Ordóñez, al lograr formar parte de la Comisión General de Codificación, siendo la primera vez en la historia, desde su creación en 1843, que ingresaban mujeres. Accedieron a la Comisión a través de la creación de una Sección especial para tratar las reformas relativas a la mujer y el Derecho de Familia. Los trabajos de la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma del Derecho de Familia dieron su primer fruto con la Ley 14/1975, de 2 de mayo. La aprobación de la Ley 14/1975 supuso un hito importantísimo en la lucha por la igualdad jurídica de la mujer, porque su contenido implicaba una radical modificación del estatus jurídico de la mujer casada. En concreto, se sustituía el deber de obediencia de la mujer casada al marido, por el deber de los esposos a su respeto y protección recíprocos, actuando siempre en interés de la familia. Asimismo, se suprimió la exigencia de licencia marital que se exigía para cualquier actividad significativa y dejaba a las mujeres casadas españolas en una anacrónica privación de derechos. De esta manera, gracias al tesón y esfuerzo de estas mujeres juristas se logró acabar con ese *resto jurídico* que era la incapacitación casi total en la vida social y económica de la mujer casada.

³⁴ SEVILLA, J. y otras, *Op. cit.*, p. 46.

PORCENTAJE DE CANDIDATOS Y CANDIDATAS AL CONGRESO Y AL SENADO



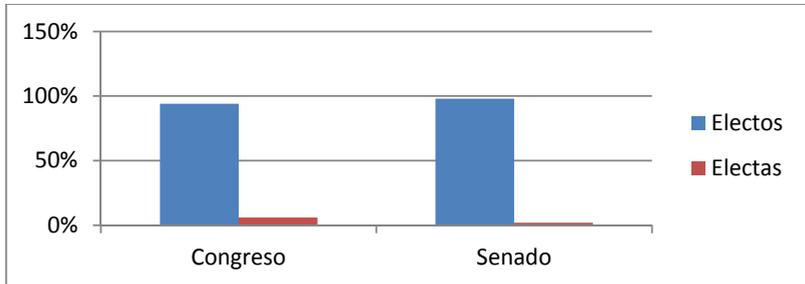
Elaboración propia con los datos aportados por J. Sevilla y otras.

Como no podía ser de otra manera, los resultados de aquellas elecciones configuraron un Parlamento con escasa presencia de mujeres. Los resultados por sexos mostraron un Congreso de los Diputados con 329 hombres y 21 mujeres. En el Senado las diferencias fueron incluso mayores: de un total de 248 senadores, 207 elegidos –203 hombres y 4 mujeres– y de los 41 de designación real, 39 hombres y 2 mujeres. Estos datos revelan un porcentaje de mujeres electas aún más bajo respecto al ya escaso porcentaje de candidatas. Así, si como se señaló anteriormente, las mujeres candidatas al Congreso suponían el 13% de candidatos presentados, esto es, el 6% de los 350 diputados electos. En el caso del Senado, si las candidatas eran apenas el 4%, no llegarán al 2% de los senadores electos³⁵.

Pero, a pesar del porcentaje, la participación de la mujer en esta Legislatura fue, de nuevo, mucho más que testimonial. Y así, tomando el relevo de sus predecesoras, veintiuna mujeres en el Congreso de los Diputados y seis en el Senado hicieron que la voz de la mujer se volviera a escuchar en el foro. Ellas fueron: Dolores Ibárruri (PCE), Belén Landáburu (designación real), Juana Arce (UCD), Gloria Begué (designación Real), Amalia Miranzo (PSOE), M.^a Dolores Pelayo (PSD-UCD), María Rubiés (CDC), Soledad Becerril (UCD), Pilar Brabo (PCE), Carlota Bustelo (PSOE), M.^a Dolores Calvet (PSUC), Virtudes Castro (PSOE), Asunción Cruañes (PSOE), M.^a Victoria Fernández-España (AP), Carmen García Bloise (PSOE), María Izquierdo (PSOE), Rosina Lajo (PSC), Marta Mata (PSC), Mercedes Moll (UCD), Dolores Blanca Morenas (UCD), Elena Moreno (UCD), Palmira Pla (PSOE), M.^a Teresa Revilla (UCD), Ana María Ruiz-Tagle (PSOE), Inmaculada Sabater (PSOE), Esther Tellado (UCD) y Nona Inés Vilariño (PGI-UCD).

³⁵ *Ib.*, p. 57.

PORCENTAJES DE DIPUTADOS/AS Y SENADORES/AS ELECTOS/AS AL CONGRESO Y AL SENADO



Elaboración propia con los datos aportados por J. Sevilla y otras.

De las veintisiete, Belén Landáburu³⁶, Gloria Begué³⁷ (ambas nombradas por designación real), M.^a Dolores Pelayo³⁸ (UCD), M.^a Teresa Revilla³⁹ (UCD) y Ana María Ruiz-Tagle⁴⁰ (PSOE), eran licenciadas en Derecho, representando el 18,5% del total de mujeres parlamentarias, porcentaje inferior al de la Legislatura de 1931. Una de las

³⁶ BELÉN LANDÁBURU (Burgos, 1934). Formó parte del grupo de juristas mujeres que entraron por primera vez a ser vocales de la Comisión General de Codificación. Fue miembro de la Comisión Preparatoria de la Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la mujer y representante de España ante la condición jurídica y social de la mujer del Consejo Económico y Social de la ONU. Durante la legislatura constituyente fue senadora por designación real y formó parte de la Comisión de Reglamento y de la Comisión de Asuntos Exteriores.

³⁷ GLORIA BEGUÉ (La Bañeza, 1931-Madrid 2016). Fue la primera mujer catedrática y la primera decana de una facultad de Derecho en España. Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional. Durante la legislatura constituyente fue senadora por designación real y formó parte de las Comisiones de Economía y Hacienda, de Presupuestos y de la Comisión especial de Política Científica.

³⁸ M.^a Dolores Pelayo (Santa Cruz de Tenerife, 1943). Fundó la Delegación Canaria de la Asociación de Mujeres Juristas y representante por España en la Federación Internacional de Mujeres con Carreras Jurídicas. Durante la legislatura constituyente formó parte de las Comisión de la Defensa Nacional, de la Comisión de Justicia e Interior, de la Comisión de Competencia Legislativa, de la Comisión Especial de Derechos Humanos y de la Comisión Especial de Investigación sobre la situación del niño.

³⁹ M.^a Teresa Revilla (Tetuán, 1936). Abogada. Durante la legislatura constituyente formó parte de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas y de la Comisión Especial de los problemas del Tránsito Tajo-Segura.

⁴⁰ Ana María Ruiz-Tagle (Sevilla, 1944). Abogada laboralista. Presidenta de la Agencia Española de Cooperación Internacional (1993-1996). Durante la legislatura constituyente formó parte de la Comisión de Sanidad y Seguridad Social, de la Comisión de Trabajo, de la Comisión Especial para el estudio de los problemas de los disminuidos físicos y mentales, de la Comisión Especial de los problemas de la Tercera Edad y de la Comisión Especial del Medio Ambiente.

razones más probables es que con los cambios introducidos por la Ley de 22 de julio de 1961⁴¹, la presencia de mujeres en los estudios superiores a finales de los 80 empezaba a normalizarse y la diversificación en los estudios era mayor que en etapas anteriores.

En cualquier caso, al igual que en 1931, una mujer jurista formó parte de la Comisión de Constitución (llamada posteriormente Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), Teresa Revilla, de UCD. Y de nuevo la razón fue la petición expresa que hizo a su partido para formar parte de esa Comisión⁴². La Comisión se constituyó el 1 de agosto de 1977, comenzando los trabajos de la Ponencia el 22 de agosto de 1977. El 5 de enero de 1978⁴³ se publicó el Anteproyecto redactado por la Ponencia junto con los votos particulares formulados por los ponentes. Tras el estudio de las enmiendas presentadas, la Ponencia emitió su informe el 10 de abril de 1978, publicado el 17 de abril⁴⁴. El texto fue debatido en la Comisión, aprobándose el Dictamen de la Comisión que fue presentado al Congreso el 1 de julio de 1978⁴⁵.

En el debate en Comisión, Teresa Revilla intervino en relación al artículo 14, que reconocía la igualdad de todos los españoles ante la ley. Se congratuló de su aprobación por unanimidad, dándole la bienvenida como «un paso imprescindible para una sociedad flexible y plural», «en la que mujeres y hombres puedan participar en igualdad de esfuerzos y responsabilidades en el quehacer común»⁴⁶. También se manifestó a favor de que las penas privativas de libertad se encaminasen a la reinserción social (art. 24.4. del Anteproyecto, 25.2 de la Constitución). Además, defendió con ahínco la necesidad de regular los derechos y deberes de los penados y el tratamiento reformador apto para la personalidad de cada penado⁴⁷. Igualmente intervino en la defensa de aspectos más formales, como los referidos al funcionamiento de las Cámaras y las Comisiones (art. 69 del Anteproyecto, 79 del texto definitivo; artículo 83.2 del Anteproyecto y artículo 90 del texto definitivo)⁴⁸. Asimismo se pronunció sobre el artículo 155, (art. 147 del Anteproyecto), vinculado a la organización territorial del Estado, aprobándose por unanimidad su propuesta (en nombre de su partido) de que las medidas propuestas por el Gobierno para obligar a

⁴¹ Junto con la reforma que introdujo la Ley de 96/1966, de 28 de diciembre, que eliminaba la última limitación sobre derechos de la mujer.

⁴² SEVILLA J. y otras, *Op. cit.*, p. 90.

⁴³ *Boletín Oficial de las Cortes* núm. 44, 5 de enero de 1978.

⁴⁴ *Boletín Oficial de las Cortes* núm. 82, 17 de abril de 1978.

⁴⁵ *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 121, 1 de julio de 1978.

⁴⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 69, 18 de mayo de 1978.

⁴⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 72, 23 de mayo de 1978.

⁴⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 80, 2 de junio de 1978.

una comunidad autónoma al cumplimiento forzoso de las obligaciones correspondientes exigiesen mayoría absoluta en el Senado, y que la Cámara encargada de otorgar la aprobación fuese aquella en la que las comunidades autónomas estuviesen representadas⁴⁹.

El Pleno del Congreso debatió en doce sesiones el Dictamen de la Comisión⁵⁰, plasmándose el resultado del debate en el texto de Proyecto de Constitución, que, sometido a votación el 21 de julio de 1978, obtuvo 258 votos a favor, 2 en contra y 14 abstenciones⁵¹.

Tras la aprobación del Proyecto de Constitución por parte del Congreso de los Diputados el 21 de julio de 1978, se remitió al Senado, abriéndose un plazo para la presentación de enmiendas hasta el 7 de agosto. La Ponencia de la Comisión de Constitución del Senado contó con tan solo diez días para estudiar y debatir todas las enmiendas y redactar su Informe. Pero, dado que el número de enmiendas presentadas era elevadísimo (más de mil doscientas) y el plazo de tiempo concedido para su examen y discusión muy escaso, no fue posible que la Ponencia pudiera emitir su informe. Lo único que pudo hacer fue leer todas las enmiendas presentadas y sentar el criterio de cada uno de los miembros de la Ponencia respecto a ellas y votarlas. El debate en Comisión se llevó a cabo durante la segunda quincena de agosto y la primera de septiembre⁵².

Entre el 25 de septiembre y el 5 de octubre de 1978 se desarrolló el debate en el Pleno del Senado. A lo largo de estas sesiones se aprobaron algunas modificaciones con respecto al texto del proyecto de Constitución remitido por el Congreso. Tras su debate, en el Senado, se aprobó el texto modificado posteriormente en la Comisión Mixta Congreso-Senado. En este punto hay que señalar que, aunque en la Comisión de Constitución no hubo ninguna senadora, la dinámica de los trabajos permitió las intervenciones de quienes habían presentado enmiendas⁵³. Es de justicia destacar al respecto la intensa labor llevada a cabo por dos juristas, Belén Landánburu y Gloria Begué, en el debate de la Constitución en el Senado. En el caso de la primera incluso sus innumerables intervenciones permiten calificarla como la más activa de las tres senadoras que participaron en él⁵⁴. No solo tomó

⁴⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 91, 16 de junio de 1978.

⁵⁰ Intervinieron en el debate del Pleno las diputadas Pilar Brabo, en defensa de dos enmiendas referidas al actual artículo 20, y M.^a Dolors Calvet y Marta Mata para explicar el sentido del voto de su grupo parlamentario respecto del orden sucesorio en la Corona y al derecho a la educación, respectivamente. Cfr. SEVILLA J. y otras, *Op. cit.*, p. 92.

⁵¹ *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 135, de 24 de julio de 1978.

⁵² SEVILLA J. y otras, *Op. cit.*, p. 132.

⁵³ Tanto en la Comisión como en el debate en el Pleno.

⁵⁴ La participación de las cuatro senadoras (Gloria Begué, Belén Landánburu, María Rubiés y M.^a Dolores Pelayo) en el debate constitucional fue muy desigual. Así, mientras solo se registró una intervención en el Pleno del Senado de la senadora Rubiés defendiendo la posición de su grupo, *Entesa dels Catalans*, frente a un voto

parte de forma destacada en materia de matrimonio⁵⁵ y familia⁵⁶, sino que también participó en los más variados temas, como la forma política del Estado⁵⁷, los derechos políticos de los extranjeros⁵⁸, el derecho a la educación⁵⁹, el régimen de Seguridad Social⁶⁰, las leyes orgánicas⁶¹, la iniciativa legislativa del Senado⁶², la moción de censura⁶³ o la reforma constitucional⁶⁴. También la actividad llevada a cabo por la otra senadora jurista, Gloria Begué, fue intensa en una amplia gama de temas, como el derecho a la educación y la libertad de enseñanza⁶⁵ o los principios rectores de la política social y económica⁶⁶.

Finalmente, en la sesión plenaria de 5 de octubre de 1978⁶⁷ se aprobó el texto del proyecto de Constitución y el 6 de diciembre fue ratificado en referéndum por el 87,7% de votantes que representaba el 58,97% del censo electoral⁶⁸.

Y así, por segunda vez en la historia reciente de España, las mujeres juristas dejaron su huella en un texto constitucional.

particular de un senador de UCD sobre el apartado 1.º del artículo 3 relativo a la oficialidad del castellano, y la presentación de una enmienda por M.^a Dolores Pelayo que fue retirada sin debate alguno, las senadoras Begué y Landáburu intervinieron no solo en todas las fases del debate (inicial mediante la presentación de enmiendas, en Comisión y en Pleno), sino en una gran variedad de temas. Cfr. SEVILLA, J. y otras, *Op. cit.*, p. 132.

⁵⁵ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 45, Comisión de Constitución, 29 de agosto. En esta intervención, Landáburu defendió constitucionalizar la igualdad jurídica que ella, junto con María Telo, Concha Sierra y Carmen Salinas, habían conseguido introducir en el Código Civil a través de su labor en la Sección Especial de Familia en la Comisión General de Codificación.

⁵⁶ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 61, Comisión de Constitución, 28 de septiembre de 1978.

⁵⁷ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 39, Comisión de Constitución, 18 de agosto de 1978.

⁵⁸ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 44, Comisión de Constitución, 25 de agosto de 1978.

⁵⁹ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 44, Comisión de Constitución, 25 de agosto de 1978.

⁶⁰ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 61, Comisión de Constitución, 28 de septiembre de 1978.

⁶¹ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 49, Comisión de Constitución, 5 de septiembre de 1978.

⁶² *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 49, Comisión de Constitución, 5 de septiembre de 1978.

⁶³ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 50, Comisión de Constitución, 6 de septiembre de 1978.

⁶⁴ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 52, Comisión de Constitución, 8 de septiembre de 1978.

⁶⁵ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 44, Comisión de Constitución, 25 de agosto de 1978.

⁶⁶ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 46, Comisión de Constitución, 30 de agosto de 1978.

⁶⁷ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 67, Sesión Plenaria núm. 41, de 5 de octubre de 1978.

⁶⁸ *Vid.* <http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm>

3.3 Consecuencias y alcance de su presencia

Gran parte de la labor investigadora de los juristas se centra en averiguar la naturaleza jurídica de las cosas. Siguiendo los criterios interpretativos del Código civil, es habitual acudir a los debates parlamentarios para encontrar el espíritu de la ley en esos discursos en los que se defienden los distintos puntos de vista. Por eso, un breve recorrido por las aportaciones de las mujeres juristas al debate constitucional permite afirmar que, sin su trabajo, la Constitución sería muy distinta.

Las Cortes de 1978 fueron especiales porque, siendo constituyentes, tenían también la labor y el trabajo de la legislación ordinaria. Por ello, las actuaciones de estas mujeres durante los debates parlamentarios y su cometido en la Constitución, hicieron posible que las cosas fuesen cambiando para corregir –aunque no solo– las desigualdades y discriminaciones que venían sufriendo las mujeres, empezando por el reconocimiento de su capacidad para participar en asuntos públicos.

En este marco, un dato a destacar fue la participación de las diputadas y senadoras, siendo, en términos comparativos, superior al resto de diputados y senadores. Dado su escaso número, no podían estar presentes en todas las comisiones parlamentarias. Aun así, formaron parte de la mayoría de las comisiones: una tercera parte de las diputadas participaron en la totalidad de las comisiones que se constituyeron inicialmente en el Congreso: Reglamento, Incompatibilidades, Competencia legislativa, Economía y Hacienda y, por último, Constitución. En el caso del Senado, de las cinco comisiones que se constituyeron inicialmente, la mitad de las senadoras formaron parte de tres de ellas: Reglamento, Incompatibilidades y Economía y Hacienda. En este caso, como ya se ha indicado, hay que resaltar que Gloria Begué y Belén Landáburu formaron parte de la Ponencia de la Comisión a la que pertenecían, dejando su impronta en ambos casos⁶⁹.

No puede saberse cómo sería la sociedad española si no se hubiese elaborado y aprobado la Constitución en 1978. Pero sí puede afirmarse que la sociedad actual y el lugar que las mujeres ocupan en ella es muy distinta a la de entonces, afirmación que permite vislumbrar parte del alcance de la labor que estas mujeres desarrollaron durante el proceso constituyente.

4. CONCLUSIONES

Durante siglos se negó a la mujer sistemáticamente ejercer el Derecho en causas *pro aliis*. Esta prohibición supuso un veto a compartir el espacio público con los hombres, lo que a su vez implicó

⁶⁹ SEVILLA, J. y otras, *Op. cit.*, pp. 86-88.

que muchas de sus demandas quedasen desatendidas. Como se ha intentado mostrar, el acceso de la mujer al mundo del Derecho le abrió el camino para pasar de ser simple espectadora a sujeto activo, contribuyendo así, entre otras cosas, a una mayor calidad democrática del sistema. De ahí que la incorporación activa de las mujeres a la vida política a principios del siglo XX fuese uno de los factores decisivos para acoger muchas de sus reivindicaciones en aras a la consecución de la plena igualdad.

Junto con ello, a lo largo de estas páginas he intentado mostrar cómo su trabajo no se limitó a la defensa de los derechos de la mujer. Efectivamente, las participaciones de las mujeres juristas en las legislaturas constituyentes de 1931 y de 1977 muestran que su participación fue bastante más allá de lo que *a priori* podría deducirse. Tanto en 1931 como en 1977 las mujeres parlamentarias representaban una clara minoría en términos porcentuales (apenas el 1% y el 5%, respectivamente), no obstante, su presencia y sus aportaciones fueron mucho más que una simbólica defensa de reivindicaciones de las mujeres. Junto con la defensa del hito que supuso el sufragio universal y la no discriminación por razón de sexo, las juristas parlamentarias, tanto en una legislatura como en otra, se pronunciaron sobre una amplia gama de temas como el derecho a la educación, los derechos de las personas penadas, los derechos políticos de los extranjeros o la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

En definitiva, como se ha intentado mostrar, todas ellas se emplearon a fondo para, con su trabajo, perfeccionar el texto constitucional y, con ello, contribuir a la mejora de la sociedad en su conjunto⁷⁰.

⁷⁰ SEVILLA, J. y otras, *Op. cit.*, pp. 83-84.

La nacionalidad como llave para el ejercicio de los derechos humanos

Nationality as the key to the realization of human rights

Por NACHO HERNÁNDEZ MORENO

Facultad de Turismo y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia

RESUMEN

La nacionalidad es un vínculo que une al Estado soberano con el individuo, pero va más allá de una simple relación jurídico-política entre ambos, puesto que, como poderosa herramienta de exclusión, afecta al sentimiento de pertenencia del ser humano a un grupo o comunidad. Son los propios Estados quienes controlan este poder, pues solo ellos deciden quiénes son sus nacionales a través de su legislación interna. Sin embargo, el Derecho internacional ha ido estableciendo ciertos límites hasta el punto de consagrar el derecho humano a una nacionalidad. Su importancia es manifiesta, puesto que, a pesar de que los derechos humanos son inherentes a todas las personas, en la práctica, solo las personas nacionales pueden gozar de todos los derechos, incluidos los políticos, con respecto al Estado del que son nacionales. Las personas apátridas estarán siempre excluidas.

Palabras clave: *nacionalidad, derechos humanos, apatridia, exclusión.*

ABSTRACT

Nationality is a bond that links the sovereign State with the individual, but it goes beyond a simple legal-political relationship between the two

since, as a powerful tool of exclusion, it affects the human being's sense of belonging to a group or community. It is the States themselves who control this power since they alone decide who their nationals are through their domestic legislation. However, international law has established certain limits to the point of enshrining the human right to a nationality. Its importance is paramount since, although human rights are inherent to all persons, in practice, only nationals can enjoy all rights, including political rights, with respect to the State of which they are nationals. Stateless persons are always excluded.

Keywords: *nationality, human rights, statelessness, exclusion.*

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD. 1.1 *Una relación entre el individuo y el Estado.* 1.2 *Un vínculo que va más allá de lo jurídico-político.* – 2. LA NACIONALIDAD COMO DERECHO HUMANO. 2.1 *Antecedentes.* 2.2 *El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.* – 3. LA IMPORTANCIA DE LA NACIONALIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.1 *Consecuencias de la falta de una nacionalidad.* 3.2 *La desnacionalización de los derechos humanos: un proceso incompleto.* – 4. CONCLUSIÓN: UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL. – 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. THE CONCEPT OF NATIONALITY. 1.1 *A relationship between the individual and the State.* 1.2 *A link that goes beyond a legal and political connection.* – 2. NATIONALITY AS A HUMAN RIGHT. 2.1 *Background.* 2.2 *Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights.* – 3. THE IMPORTANCE OF NATIONALITY FOR THE EXERCISE OF HUMAN RIGHTS. 3.1 *Consequences of the lack of a nationality.* 3.2 *The denationalization of human rights: an incomplete process.* – 4. CONCLUSION: A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT. – 5. BIBLIOGRAPHY.

1. EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD

1.1 **Una relación entre el individuo y el Estado**

La nacionalidad es una institución que surge como herramienta para definir la soberanía personal de los Estados independientes y soberanos en el nuevo mundo surgido a raíz de la Paz de Westfa-

lia (1648)¹. Este nuevo orden exigía delimitar el territorio sobre el que ejercer su jurisdicción a través de las fronteras, pero también se hacía necesario establecer otro tipo de límites externos a modo de frontera invisible para diferenciar claramente a aquellas personas sometidas al poder soberano de dicho Estado (nacionales) y quienes no lo estaban (extranjeras). De esta forma, la soberanía se extiende sobre un territorio claramente demarcado y sobre un grupo de personas que *pertenece*n a dicho espacio físico.

Hay tantas nacionalidades como Estados soberanos y leyes de nacionalidad existentes y ello complica la definición de este término. En España el Tribunal Supremo ofreció una conceptualización de nacionalidad cuando analizó el supuesto vínculo de una persona saharauí con Marruecos y con Argelia: la nacionalidad «es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado del individuo»². Se trata de una postura que sigue la línea defendida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nottebohm* cuando afirma que la nacionalidad es el vínculo jurídico que tiene como fundamento un hecho social de apego, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la presencia de derechos y deberes recíprocos³.

Se puede afirmar, por lo tanto, que la nacionalidad describe un vínculo jurídico-político bidireccional entre una persona y un Estado por el cual aquella le debe lealtad y este último la acepta y reconoce como miembro de su comunidad político-administrativa, y que comporta derechos y deberes recíprocos distintos de aquellos surgidos de la relación entre una persona extranjera y el mismo Estado en cuestión⁴. Precisamente esto último es lo que convierte a la nacionalidad como un elemento clave y del que dependen el ejercicio efectivo de muchos derechos, incluso aquellos consagrados como derechos humanos.

¹ BLACKMAN, J. L.; (1998): «State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law», *Michigan Journal of International Law*, 19(4), p. 1149.

² Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de noviembre de 2007 (recurso núm. 10503/2003), fundamento jurídico noveno.

³ *Nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.* Corte Internacional de Justicia (1955). Asunto *Nottebohm* (*Liechtenstein c. Guatemala*), Segunda Fase. Decisión de 6 de abril de 1955, p. 23.

⁴ WEIS, P.; (1979): *Nationality and Statelessness in International Law*. Países Bajos: Stijhoff y Noordhoff, pp. 29 y 32.

1.2. Un vínculo que va más allá de lo jurídico-político

Analizar la nacionalidad desde un punto de vista estrictamente jurídico-político corre el riesgo de ocultar un elemento esencial de dicha institución para el individuo. Se trata de la importancia de la nacionalidad para satisfacer su necesidad de pertenencia a un grupo, el motivo social fundamental de todo ser humano⁵. Como animal político (*zōon politikon*)⁶, el individuo busca formar parte de una comunidad en la que interactúa de forma frecuente y positiva a través de relaciones duraderas y afectuosas⁷, y que contribuye a su plena autorrealización⁸.

Las «comunidades de pertenencia», por usar las palabras de Diener, siempre han existido⁹. La ciudadanía clásica, de la cual la institución de la nacionalidad es heredera, es considerada por Armstrong como la base de muchas identidades más amplias¹⁰. Tanto una como otra se erigen como clave identitaria fundamental y como poderosas herramientas de inclusión (endogrupo) y exclusión (exogrupo). El favoritismo endogrupal deriva en prejuicios positivos con respecto a la propia nacionalidad, y el efecto de homogeneidad del exogrupo puede ser visto como un riesgo para el propio grupo que requiere de una constante actualización de la identidad endogrupal como comunidad con una distintividad propia, exclusiva, y, por lo tanto, excluyente. El poder de la necesidad de pertenencia como elemento esencial de la socialización humana convierte a la exclusión social en una gran amenaza para el bienestar psíquico de todo ser humano, o, como diría Arendt, en un arma social¹¹.

Así, la nacionalidad es un mecanismo de exclusión que la Declaración Universal de los Derechos Humanos («DUDH») pretende paliar mediante la garantía del derecho a una nacionalidad de todo ser humano. Arendt ya advirtió de la importancia de dicho instrumento como requisito del «derecho a tener derechos»¹², y de que las minorías se

⁵ FISKE, S. T. (2014): *Social Beings: Core Motives in Social Psychology*. Princeton: Wiley, p. 16.

⁶ ARISTÓTELES (1988): *Política (Libro III)*. Madrid: Editorial Gredos, p. 168.

⁷ BAUMEISTER, R. and LEARY, M.; (1995): «The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation», *Psychological Bulletin*, 117(3), p. 522.

⁸ MASLOW, A. (1943): «A Theory of Human Motivation», *Psychological Review*, 50, pp. 380-381.

⁹ DIENER, A. C. (2017): «Re-Scaling the Geography of Citizenship», en Shachar, A., Bauböck, R., Bloemraad, I. & Vink, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, pp. 36-59. Oxford: Oxford University Press, p. 38.

¹⁰ ARMSTRONG, J. A. (1982): *Nations before Nationalism*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, p. 93.

¹¹ ARENDT, H. (1994): «We Refugees», en Robinson, M. (ed.), *Altogether elsewhere: writers on exile* (pp. 110-119). Winchester: Faber & Faber, p. 118.

¹² ARENDT, H. (2006): *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial, p. 420. La «existencia de un derecho a tener derechos», tratada por Arendt en el con-

dieron cuenta de que debían ser naciones, es decir, tener una nacionalidad propia, para que se les reconocieran los derechos humanos, ya que no por ser humanas gozaban de ellos, sino que en tanto no fueran de una nacionalidad determinada, propia, quedaban excluidas¹³. Sea como fuere, tanto la ciudadanía como la nacionalidad, en tanto instituciones que manifiestan una forma de pertenencia al Estado, son «uno de los bienes primarios»¹⁴. De ahí que la falta de cualquiera de ellas sea causa fundamental de exclusión social.

2. NACIONALIDAD COMO DERECHO HUMANO

2.1 Antecedentes normativos

Por un lado, los Estados tienen la competencia para determinar quiénes son sus nacionales conforme al principio de soberanía estatal. Por otro lado, el derecho a una nacionalidad es hoy un derecho humano elemental que rige como uno de los principios y valores fundamentales que deben imperar la observancia del Derecho internacional por parte de la comunidad internacional. Esta compleja configuración de la nacionalidad se explica por el hecho de que esta figura había sido siempre objeto exclusivo de regulación estatal hasta el siglo XX, momento en el que la apatridia cobró relevancia debido a las dos guerras mundiales, y la internacionalización de la nacionalidad apareció con fuerza en los esfuerzos iniciales de codificación del derecho internacional.

texto del asilo es extensible a la apatridia, por cuanto esta autora contextualizaba esa frase en el marco de la privación total de derechos, de estatuto político y de pertenencia a una comunidad organizada. Las personas sin nacionalidad se encontraban en una situación similar a la de las refugiadas que habían perdido toda protección de sus gobiernos y que eran, *de facto*, apátridas. Ello explica que en un primer momento la apatridia se difuminase en el ámbito del asilo y el refugio como una consecuencia de este tipo de desplazamiento forzoso, y no como un problema con entidad propia. Siguiendo a Arendt y a la vinculación del «derecho a tener derechos» con el derecho a una nacionalidad, el Defensor del Pueblo afirmó el 8 de febrero de 2007 que «el derecho a la nacionalidad, a ser reconocido con un nombre y unos apellidos, es el primero de los derechos, ‘es el derecho a tener derechos’». Asimismo, el juez presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Warren, indicó que la nacionalidad era «the right to have rights» [*Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958)], y añadió: *citizenship is man’s basic right, for it is nothing less than the right to have rights. Remove this priceless possession and there remains a stateless person, disgraced and degraded in the eyes of his countrymen. He has no lawful claim to protection from any nation, and no nation may assert rights on his behalf. His very existence is at the sufferance of the state within whose borders he happens to be* [*Perez v. Brownell*, 356 U. S. 44 (1958)].

¹³ ARENDT, H. (2016): ARENDT, H. (2016): *La condición humana*. Barcelona: Paidós, p. 420.

¹⁴ DE LUCAS MARTÍN, J. (1996): *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria, p. 23.

La nacionalidad irrumpe en el Derecho internacional como resultado de la necesidad de regular conflictos relativos al servicio militar obligatorio de migrantes europeos en el continente americano¹⁵. Ejemplo de ello fueron los tratados convenidos entre los Estados Unidos de América (EE UU) y Estados europeos, denominados tratados Bancroft en honor a George Bancroft, embajador norteamericano que negoció los acuerdos. El primero de ellos data de 1868 y fue acordado con la Confederación Alemana del Norte; los tratados tenían como objetivo solventar problemas de doble nacionalidad y, en concreto, evitar el uso de la naturalización como herramienta para que las personas se librasen de su obligación de realizar el servicio militar obligatorio¹⁶.

Se trataba de encontrar el equilibrio entre los Estados receptores de migrantes, interesados en que las personas naturalizadas perdieran la nacionalidad de su país de origen, y estos últimos, que se oponían a ello; así, los tratados de Bancroft determinaban la pérdida de la nacionalidad con el transcurso de plazos determinados de tiempo o por otras causas, como la prestación del servicio militar en el Estado de acogida. Por ejemplo, estipulaban que la adquisición de la nacionalidad en otro Estado mediante la naturalización debía ser reconocida por el Estado cuya nacionalidad tenía la persona que ejerció ese derecho, aunque esta no hubiese perdido la de este último Estado; en el caso en el que aquella persona retornase al país de su nacionalidad originaria para residir en él, automáticamente recobraría la anterior nacionalidad y dejaba de ser nacional del Estado cuya nacionalidad adquirió; el tratado con la Confederación Alemana del Norte contemplaba estos supuestos, para nacionales norteamericanos y alemanes, en sus artículos 1 y 4¹⁷.

La temática de la nacionalidad reaparece en la escena internacional una vez finalizada la Primera Guerra Mundial a través de los conocidos como tratados de minorías. Durante la Conferencia de Paz de París de 1919 se redibujó el mapa de Europa central y oriental bajo el principio de una nación por Estado. Sin embargo, al ser imposible garantizar un Estado para cada pueblo, se crearon aquellos tratados para aliviar la situación de aquellas naciones sin su pro-

¹⁵ HAILBRONNER, K. (2006): «Nationality in public international law and European law», en Bauböck, R., Ershøll, E., Groenendijk, K., & Waldrauch, H. (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality. Policy and Trends in 15 European States, Volume I: Comparative Analyses* (pp. 35-104). Amsterdam University Press, p. 49.

¹⁶ CÓRDOVA, R. (1954): «Third report on the elimination or reduction of statelessness por Roberto Córdova, Special Rapporteur», A/CN.4/81. *Yearbook of the International Law Commission 1954, vol. II*, p. 44.

¹⁷ OPPENHEIM, L. F. L. (1905): *International Law, A Treatise, Vol. I, Peace*. Londres, Nueva York y Bombay: Longmans, Green, and Co, p. 368. También en HAILBRONNER, K. (2006). *Op. cit.*, p. 49. El texto del tratado puede consultarse en United States Department of State (1873). *Treaties and Conventions Concluded between the United States of America and Other Powers, since July 4, 1776, Revised Edition*, Washington, DC, p. 638.

pio gobierno¹⁸. El primero de ellos fue el acuerdo multilateral concluido con Polonia, el 28 de junio de 1919, en Versalles, y que sirvió como modelo para el resto.

Estos acuerdos regularon expresamente la adquisición de una determinada nacionalidad, pero las legislaciones nacionales que desarrollaron estos tratados y la práctica posterior generaron casos de apatridia y no se consiguió aliviar la situación de las minorías nacionales. En realidad, todos los nuevos gobiernos con la excepción de Checoslovaquia los firmaron bajo protesta¹⁹. No satisficieron a nadie: los nuevos gobiernos sintieron que se estaba interfiriendo en su soberanía, y se vieron discriminados con respecto a las antiguas potencias europeas, que no estaban sujetas a las obligaciones en materia de protección de minorías²⁰; estas se vieron invisibilizadas: se evitó el empleo del término *minoría nacional*²¹, los tratados solo eran aplicables a aquellas nacionalidades con una población considerable en más de un Estado sucesor²², y se evidenció que los Estados vencedores y nuevos gobiernos no tenían una especial preocupación por su situación, sino que, en realidad, establecieron ese sistema por temor a que las nuevas fronteras acentuaran las tensiones existentes, para evitar así el separatismo y asegurar sus objetivos asimilacionistas; asimismo, se consideraba que los derechos de las minorías podían actuar como un elemento desestabilizador del frágil contexto de paz europeo: podían dar pie a movimientos generadores de nuevas entidades políticas y de redistribución fronteriza²³. Los tratados se convirtieron así en un «método humano e indoloro de asimilación»²⁴.

Por aquel entonces la nacionalidad era considerada una materia de soberanía exclusiva del Estado, pero que se podía ver restringida por

¹⁸ LAMARR, K. (2018): «Jurisprudence of Minority Rights: The Changing Contours of Minority Rights», *Proceedings of the Research Association for Interdisciplinary Studies, March 26-27, 2018*, pp. 169-170. También en GRIZO, M. (2010). «The Versailles System of Peace Treaties and Minority Protection in Southeast Europe – The Bulgarian-Greek Convention for the Exchange of Population in 1919», *Belgrade Law Review*, LVIII(3) (2010), p. 69.

¹⁹ ARENDT, H. (2006): *Op. cit.*, p. 387. Carpentier y Lebrun afirman que «los alemanes en Checoslovaquia (los Sudetes), antigua población dominante, resultaron ahora población dominada», en Carpentier, J. y Lebrun, F. (dirs.) (2018): *Breve historia de Europa*. Madrid: Alianza Editorial, p. 483.

²⁰ LAMARR, K. (2018): *Op. cit.*, p. 171.

²¹ GRIZO, M. (2010): *Op. cit.*, p. 71. También en LIEBICH, A. (2008): «Minority as Inferiority: Minority Rights in Historical Perspective», *Review of International Studies*, 34(2), p. 245; y en DUGDALE, B. E. C. y BEWES, W. A. (1926): «The Working of the Minority Treaties», *Journal of the British Institute of International Affairs*, 5(2), p. 79.

²² ARENDT, H. (2006): *Op. cit.*, p. 391.

²³ GRIZO, M. (2010): *Op. cit.*, pp. 71-72; DUGDALE, B. E. C. y BEWES, W. A. (1926): *Op. cit.*, p. 79; y LAMARR, K. (2018): *Op. cit.*, p. 169.

²⁴ ARENDT, H. (2006): *Op. cit.*, p. 392.

las normas del Derecho internacional²⁵. La Sociedad de Naciones contribuyó firmemente en esa consideración cuando ordenó la celebración de una conferencia para considerar tres cuestiones de Derecho internacional que habían sido seleccionadas por un comité de expertos, entre las que se encontraba la nacionalidad²⁶. La Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de La Haya, celebrada en 1930, fue un éxito en cuestión de nacionalidad, pero también en materia de apatridia, ya que la reunión produjo los siguientes instrumentos: un convenio sobre nacionalidad; un protocolo sobre un caso de apatridia; un protocolo especial sobre apatridia, que no entró en vigor; y otro protocolo específico sobre obligaciones militares en casos de doble nacionalidad.

Terminada la conferencia, la Sociedad de Naciones, a través de su Asamblea, adoptó el 3 de octubre de ese mismo año, una resolución en la que reafirmaba la importancia del desarrollo del derecho internacional a través de la codificación como una de las principales tareas de la organización internacional. El borrador de resolución redactado por las delegaciones de Italia, Grecia, Francia, Alemania y el Reino Unido iba más allá de la mera codificación, ya que abría la puerta a la adopción de nuevas reglas, estuviesen ya presentes en el Derecho internacional o fuesen de nueva creación; no obstante, la Sociedad de Naciones no llevó a cabo la iniciativa²⁷, y no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando una nueva organización internacional, las Naciones Unidas, entró de lleno en la codificación y adopción de normativa internacional en materia de apatridia, además de consagrar la nacionalidad como un derecho humano.

²⁵ «The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain. For the purpose of the present opinion, it is enough to observe that it may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law». Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (1923 a). Opinión Consultiva núm. 4 de 7 de febrero de 1923, sobre los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos.

²⁶ United Nations Documents on the Development and Codification of International Law (1947), *Supplement to American Journal of International Law*, 41(4), pp. 67-69 y 75-76.

²⁷ *Ibid.*, p. 87.

2.2 El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La DUDH recoge, en su artículo 15, el derecho a una nacionalidad como un derecho humano: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad».

La nacionalidad y la apatridia estuvieron ya presentes en el primer borrador preparado por la Secretaría General de Naciones Unidas²⁸. Aquel texto contemplaba en su artículo 32 el derecho de toda persona a una nacionalidad, pero iba más allá al determinar que se tenía derecho a la nacionalidad del Estado en el que se hubiere nacido a no ser que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la persona optase por la nacionalidad a la que tuviere derecho por descendencia; asimismo, se incluía la prohibición de privar a alguien de su nacionalidad como sanción, pero también la imposibilidad de aceptar la pérdida de una nacionalidad por cualquier otro motivo salvo que la persona adquiriese una nueva nacionalidad; y, por último, establecía que toda persona tenía derecho a renunciar a la nacionalidad de nacimiento, o a otra adquirida previamente, si había adquirido otra nueva. Por otro lado, el borrador incluía en su preámbulo la consideración de que toda persona es ciudadana tanto de su Estado como del mundo, y también establecía el derecho de toda persona a tener personalidad jurídica en su artículo 12.

Este documento fue debatido en el seno del Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos designado por la Comisión de Derechos Humanos para encargarse de elaborar el borrador final de declaración. En su primera sesión, el representante francés, Cassin recomendó incluir en la reunión derechos internacionales como la inmigración, la renuncia a una nacionalidad, el derecho de asilo y el derecho a una nacionalidad²⁹. Su propuesta incluía dos partes: la primera consagraba el derecho de toda persona a una nacionalidad; la segunda, establecía el deber de las Naciones Unidas y de los Estados miembros de prevenir la carencia de nacionalidad, que es contraria a los derechos humanos y al interés de la comunidad humana³⁰.

²⁸ Naciones Unidas (1948-1949). «Social, Humanitarian and Cultural Questions», *Yearbook of the United Nations 1948-1949* (Part I, Section V, Chapter A), p. 525. El primer borrador, de 4 de junio de 1947, E/CN.4/AC.1/3.

²⁹ Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1947 a). First Session, Summary Record of the Fifth Meeting, held at Lake Success, New York, on Thursday, 12 June 1947, E/CN.4/AC.1/SR.5, p. 3.

³⁰ Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1947 b). International Bill of Rights, Suggestions Submitted by the Representative of France for Articles 7-32 of the International Declaration of Rights, 18 June 1947, E/CN.4/AC.1/W.2/Rev.1, p. 6.

El representante chileno, Santa Cruz, estuvo de acuerdo con la primera parte de la propuesta francesa relativa al derecho de toda persona a una nacionalidad, pero concluyó que era necesario expandir la segunda parte. En concreto, solicitó incorporar que ningún Estado pudiera rechazar la concesión de su nacionalidad a personas nacidas en su territorio de padres que estuviesen legalmente en el territorio; que nadie pudiera ser privado de su nacionalidad de nacimiento salvo que, por propia voluntad, adquiriese otra nacionalidad; y que toda persona tuviera el derecho a renunciar a la nacionalidad de su nacimiento o a la adquirida previamente, siempre y cuando obtuviera la nacionalidad de otro Estado.

El representante británico estuvo de acuerdo con la proposición de Santa Cruz, pero consideró que había que mantener solo la primera parte. Manifestó que el problema de la apatridia no podía ser ignorado, pero que la complejidad del asunto requería la adopción de una convención separada sobre esta materia específica; Cassin mostró su apoyo a la adopción de un instrumento distinto a una declaración para abordar ese asunto, al igual que hizo el propio Comité de Redacción. Eleanor Roosevelt, presidenta del Comité, consideró suficiente incluir la primera parte y obviar la segunda³¹.

Más adelante, el contenido del artículo sobre el derecho a una nacionalidad dio un giro significativo. India y el Reino Unido propusieron, en lugar del derecho de toda persona a una nacionalidad, una provisión en sentido negativo: «nadie será privado arbitrariamente de su nacionalidad»³². El representante uruguayo, Fontaina, pidió añadir a la propuesta anterior el derecho a cambiar de nacionalidad, tal y como estaba previsto en la recién adoptada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 19, y que fue incorporada al debate³³.

³¹ Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1947 c). First Session, Summary Record of the Ninth Meeting, held at Lake Success, New York, on Wednesday, 18 June 1947, E/CN.4/AC.1/SR.9, p. 7. Sobre el apoyo del Comité a redactar una convención separada, véase Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1947 d). First Session, Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, 1 July 1947, E/CN.4/21, p. 77.

³² Comisión de Derechos Humanos (1948 a). Third Session, India and the United Kingdom: Proposed Amendments to the Draft Declaration on Human Rights, 24 May 1948, E/CN.4/99, p. 4. Traducción del autor de este trabajo.

³³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948. Su artículo 19 establece que «toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela». Esta Declaración fue incorporada al debate el 10 de junio de 1948, durante la tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos. Véase el documento E/CN.4/122. Fontaina argumentó la inclusión de una propuesta similar ese mismo día, 10 de junio (E/CN.4/SR.59, p. 7).

El texto adoptado por la Comisión de Derechos Humanos el 28 de junio de 1948 establecía en su artículo 13 que nadie sería privado arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiar su nacionalidad³⁴. Cassin solicitó, con éxito, incluir el derecho a una nacionalidad que había propuesto anteriormente, apoyado por Líbano, Egipto y Uruguay, y Cuba³⁵. Así se llegó al texto final, adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. El derecho a la nacionalidad se incluyó en el artículo 15 y este fue aceptado por unanimidad³⁶.

La DUDH es el único instrumento internacional de derechos humanos que consagra el derecho de toda persona a una nacionalidad. En el ámbito regional, le siguen la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Nacionalidad, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados, y Carta Árabe de Derechos Humanos. Otros documentos de *soft law* también incluyen entre su articulado referencias a dicho derecho: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de la Cumbre de Helsinki, y la Convención de la Comunidad de Estados Independientes sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El resto de tratados internacionales o regionales que abordan la nacionalidad lo hacen desde la perspectiva del derecho específico de niños y niñas a una nacionalidad; ese es el caso del PIDPC, la Convención sobre los Derechos del Niño («CDN»), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares («CIPDTMF»), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad («CDPD»), la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, la propia Carta Árabe de Derechos Humanos, así como otros instrumentos no vinculantes, entre los que encontramos la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, y la Convención para reducir el número de casos de apatridia de 1973.

Todos estos instrumentos de derechos humanos se complementan por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961. La primera de

³⁴ Comisión de Derechos Humanos (1948 b). Report of the Third Session of the Commission of Human Rights, Lake Success, 24 May to 18 June 1948, E/800, 28 June 1948, p. 12.

³⁵ Tercera Comisión de la AGNU (1948 a). Draft International Declaration of Human Rights, A/C.3/244/Rev.1, 12 de octubre de 1948; Tercera Comisión de la AGNU (1948 b). Draft International Declaration of Human Rights, A/C.3/286, 18 de octubre de 1948, pp. 1-2; Tercera Comisión de la AGNU (1948 c). Draft International Declaration of Human Rights, A/C.3/286/Rev.1, 30 de octubre de 1948, p. 1.

³⁶ Naciones Unidas (1948-1949). *Op. cit.*, p. 534.

ellas ofrece el régimen de protección internacional para aquellas personas que encajan dentro de la definición de apátrida *de iure* que la propia convención recoge³⁷, pero incluye también un precepto en el que insta a los Estados contratantes a facilitar la naturalización de estas personas³⁸. El segundo instrumento, por su parte, es esencial en cuanto a la prevención y reducción de la apátrida mediante la introducción de reglas para la adquisición de una nacionalidad, pero también a través de la inclusión de garantías para evitar la apátrida en casos de su pérdida, renuncia o privación.

La presidenta del Comité de Redacción de la Declaración, y representante de los EE UU ante la Asamblea General de Naciones Unidas en el momento de su adopción, Eleanor Roosevelt, manifestó que aquella no era un tratado, ni un acuerdo internacional que vinculase a los Estados firmantes, sino que se trataba de una declaración con principios de derechos humanos que debían servir para garantizar un estándar de derechos humanos para todas las personas y todos los pueblos³⁹. La DUDH fue también uno de los primeros intentos de integrar principios internacionales de derechos humanos como elementos que debían observar los gobiernos más allá de su soberanía estatal exclusiva.

No obstante, existe hoy el debate sobre la obligatoriedad de dicho documento. A pesar de que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no son vinculantes, ello no quiere decir que no tengan efectos jurídicos; su importancia material, su interpretación, su desarrollo progresivo y su referencia a principios que con el tiempo la convierten en algo más que *soft law*. Así, es posible afirmar que la DUDH es un poderoso instrumento que crea obligaciones jurídicas para los Estados miembros de las Naciones Unidas⁴⁰. Sin embargo, hay algunos autores que entienden que el contenido de la DUDH forma parte del Derecho internacional con-

³⁷ Conforme al artículo 1 de esta convención, apátrida es «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

³⁸ Previsto en su artículo 32, que establece que «los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los apátridas. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de los trámites».

³⁹ ROOSEVELT, E. (1948): «Statement to the United Nations' General Assembly on the Universal Declaration of Human Rights», 9 December 1948. *United States Department of State Bulletin*, 19, p. 751.

⁴⁰ SOLANES CORELLA, Á. (2018): «The Political, Legal and Moral Scope of the Universal Declaration of Human Rights: Pending Issues». *The Age of Human Rights Journal*, 11, pp. 2, 3 y 8. Oraá y Gómez Isa defienden la misma tesis: «hoy en día pocos internacionalistas niegan que la Declaración se haya convertido en un instrumento normativo que crea obligaciones jurídicas para los Estados miembros de las Naciones Unidas». En Oraá, J. & Gómez Isa, F. (1997): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Bilbao: Universidad de Deusto, p. 78.

suetudinario⁴¹; otros defienden que muchas de sus provisiones son costumbre internacional⁴²; mientras que algunos incluso defienden que parte de ella es *ius cogens*⁴³; otros, por su parte, entienden que el derecho a una nacionalidad no existe como costumbre de Derecho internacional⁴⁴, postura también argumentada por Weis, quien establece que ni la persona tiene un derecho a adquirir la nacionalidad al nacer, ni el Derecho internacional prohíbe la pérdida de nacionalidad después del nacimiento mediante su privación o por cualquier otra forma, con la posible excepción de la prohibición de la desnacionalización discriminatoria⁴⁵.

Sea como fuere, del derecho a una nacionalidad es un derecho humano que abarca la adquisición, la prohibición de la privación arbitraria y el mantenimiento de una nacionalidad; asimismo, es un derecho que debe ser ejercitado por toda persona humana sin discriminación, y no solo por la prohibición expresa de los artículos 2 y 7 de la propia DUDH que sancionan la discriminación y determinan la igualdad ante la ley y la igual protección frente a la discriminación contraria a su contenido, sino por las provisiones en igual sentido establecidas en los principales instrumentos de derechos humanos que complementan el derecho a una nacionalidad previsto por aquella, como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («PIDCP»), el artículo 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales («PIDESC»), el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial («CERD», por sus siglas en inglés), el artículo 3 de la CDPD, el artículo 2 de la CDN, los artículos 2 y 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 1 de la CIPDTMF.

⁴¹ Esta es la tesis de HUMPHREY, miembro del Comité Redactor en HUMPHREY, J. p. (1976). «The International Bill of Rights: Scope and Implementation». *William & Mary Law Review*, 17(3), p. 540. En este mismo sentido, véase GANCZER, M. (2015): «The Right to a Nationality as a Human Right?», *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014*, p. 16; y FORLATI, S. (2013). «Nationality as a Human Right», en Annoni, A. & Forlati, S. (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law* (pp. 18-36). Londres: Routledge, pp. 27-28. Esta postura es también defendida por la Oficina Regional de Europa de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con respecto a los Estados miembros de la UE. Véase su documento *The European Union and International Human Rights Law*, p. 23.

⁴² HANNUM, H. (1998): «The UDHR in National and International Law», *Health and Human Rights*, 3(2), p. 145.

⁴³ KLEIN, D. F. (1988): «A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts», *Yale Journal of International Law*, 13, p. 354.

⁴⁴ HAILBRONNER, K. (2006): *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ WEIS, p. (1979): *Op. cit.*, p. 248.

3. LA IMPORTANCIA DE LA NACIONALIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 Consecuencias de la falta de una nacionalidad

Los Estados soberanos tienen la competencia para determinar a qué personas considera nacionales de su comunidad político-administrativa. Se incluye a algunas, en virtud de diversos mecanismos, como los principios de *ius soli* e *ius sanguinis*, a la vez que excluye a otras que no cumplen con los requisitos que dicho Estado, a través de su legislación interna, estima necesarios para ser reconocidas como miembros de dicha comunidad.

En un principio, una persona que es excluida por un Estado ya ha sido incluida por otro. Sin embargo, hay personas que no *pertenecen* a ningún Estado. Son personas apátridas aquellas que, conforme a la definición dada por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, «no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»⁴⁶. El propio Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados («ACNUR») ha empleado el motivo social de pertenencia como nombre de su campaña para erradicar la apatridia en el mundo. Su iniciativa #IBelong (#YoPertenezco) evidencia claramente la situación de personas que sufren el impacto psicológico de ser excluidas de la comunidad por excelencia, el Estado.

Las personas apátridas son siempre personas extranjeras en todos los Estados soberanos del mundo, incluso en el propio Estado en el que han nacido, en el que han crecido, o en el que han vivido sus ascendientes, en el territorio que habitan. Son, en muchas ocasiones, personas en situación administrativa irregular que carecen de documentación, incluyendo aquella acreditativa de su identidad o certificados de nacimiento por no haber sido nunca registradas. Esta irregularidad pone en serias dificultades a estas personas para el ejercicio efectivo de derechos, incluso sus derechos humanos, como el acceso a la educación, la asistencia sanitaria o la libertad de movimiento. Por supuesto, carecen de derechos políticos. El ACNUR las describe como las personas excluidas del sistema político global del mundo estatalizado⁴⁷.

⁴⁶ Se trata de una definición problemática. Es más restrictiva («conforme a su legislación») que las versiones en inglés («under the operation of its law») y en francés («par application de sa législation»), igualmente auténticas. En estas dos últimas se considera apátrida no solo a quien no sea reconocida como nacional por la legislación del Estado, sino también a quien no tenga la nacionalidad de ese Estado, a pesar de tener derecho a ella, debido a la práctica administrativa u otros obstáculos que impiden su acceso efectivo.

⁴⁷ ACNUR (1996). *The problem of statelessness has become a live issue again*. 1 de marzo de 1996.

La situación de apatridia está también íntimamente ligada a la exclusión social y residencial y a una *ciudadanía* de segunda no solo por la falta de derechos políticos, sino por la indefensión ante la discriminación, la marginalización y múltiples tipos de explotación. El propio Consejo de Derechos Humanos ha relacionado la falta de una nacionalidad con situaciones de trata, al afirmar que la falta de registro del nacimiento hace a las personas afectadas «especialmente vulnerables al tráfico y a la trata de personas» ya que es posible que su abducción y explotación «pasen inadvertidas a ojos de las autoridades»⁴⁸.

La falta de una nacionalidad, además de la vulneración de un derecho humano en sí mismo, sitúa a las personas apátridas ante una situación de violación constante de sus derechos humanos de la que es muy difícil salir. La apatridia suele ser causa y consecuencia de sí misma: cuando los padres y las madres son apátridas, sufren discriminación, carecen de recursos y de medios y se obstaculiza su acceso a servicios básicos como al registro del nacimiento de sus hijos e hijas, estos últimos siguen sus pasos. De esta forma, la apatridia se hereda intergeneracionalmente en un círculo vicioso de exclusión y discriminación fuera del amparo de la ley.

3.2 La *desnacionalización* de los derechos humanos: un proceso incompleto

Los esfuerzos de Naciones Unidas para dotar a la humanidad de unos derechos humanos para todas las personas por el mero hecho de serlo supusieron la primera *desnacionalización* de derechos: estos se aplican al ser humano, con independencia de su nacionalidad o carencia de ella. Se trataba de un mecanismo que pretendía garantizar el ejercicio de derechos básicos tanto para personas extranjeras, excluidas por las leyes nacionales, pero también para evitar abusos de la propia ley estatal sobre personas nacionales, como demostró la práctica de las leyes de la Alemania nazi con la población judía. La situación parecía clara: las personas dependían del comportamiento del Estado para ejercitar sus derechos, ya fuesen nacionales o extranjeras. El remedio, también: crear un instrumento internacional y universal que garantice los derechos y libertades fundamentales de todas las personas por el mero hecho de existir.

Así lo recogen los valores y principios de los derechos humanos y el propio artículo 1 de la DUDH, cuando establece que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»⁴⁹. Así,

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2014). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica, A/HRC/27/22, párrafos 30-31.

⁴⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Resolución 217 A (III) de la AGNU, adoptada el 10 de diciembre de 1948, A/RES/217A(III).

tal y como refleja Donnelly, «los derechos humanos son, literalmente, los derechos que una persona tiene por el mero hecho de ser persona humana»⁵⁰. Visto así, y teniendo en cuenta que ser humano es el único requisito que da derecho a tener derechos humanos, el hecho de que alguien tenga o no una nacionalidad no debería tener implicaciones acerca del disfrute de aquellos derechos humanos⁵¹.

No obstante, la práctica presenta un panorama distinto. A pesar de la teórica *desnacionalización* de los derechos, la nacionalidad sigue teniendo un papel fundamental como derecho clave e instrumental, como «derecho a tener derechos». Lauterpacht estimaba que la nacionalidad estaba cada vez más considerada como el instrumento para asegurar los derechos del individuo en la esfera nacional e internacional⁵². En ese sentido, la nacionalidad ha sido excluida del derecho internacional, a pesar de su importancia en este ámbito en los albores de su codificación. Ello se debe a que la apatridia se considera un problema que debe ser resuelto por las leyes de nacionalidad⁵³. Así, el propio Derecho internacional actual estipula que es competencia estatal determinar quiénes son sus nacionales, siempre y cuando ello sea conforme a los principios generales del Derecho internacional⁵⁴.

La diferencia entre la teoría (la *desnacionalización* de los derechos) y la práctica (la nacionalidad como derecho humano clave) se puede explicar aludiendo a la soberanía estatal. Aunque la nacionalidad tenga implicaciones en el Derecho internacional, son los Estados los que determinan quiénes son sus nacionales y tienen competencia y soberanía para establecer estatutos jurídicos distintos para quienes no lo son. Al aceptarse el hecho de que los no nacionales tengan menos derechos que los nacionales (aunque instrumentos de Derecho internacional declaren la no discriminación por motivos de nacionalidad), se está dando así una importancia fundamental al hecho de poseer una nacionalidad: solo así se pueden gozar de todos los derechos.

Aunque los derechos humanos deben ser ejercidos por todos, solo los nacionales tienen esa garantía. Los no nacionales no, y se acepta sobre la base de que tienen derecho a ejercerlos en su país. No obstante, los apátridas no tienen acceso en ningún sitio. Como consecuencia, la única forma de que las personas gocen de todos los derechos de los nacionales en todos los territorios es teniendo la nacionalidad de todos

⁵⁰ DONNELLY, J. (2003): *Universal Human Rights in Theory & Practice* (2nd edition). Nueva York: Cornell University Press, p. 10. Traducción del autor de este trabajo.

⁵¹ WEISSBRODT, D. y COLLINS, C. (2006): «The Human Rights of Stateless Persons», *Human Rights Quarterly*, 28(1), p. 249.

⁵² LAUTERPACHT, H. (1979): «Foreword to the First Edition», En WEIS, p. (1979). *Op. cit.*, p. XI.

⁵³ HANLEY, W. (2014): «Statelessness: An Invisible Theme in the History of International Law», *The European Journal of International Law*, 25(1), p. 322.

⁵⁴ BATCHELOR, C. A. (1998): «Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status», *International Journal of Refugee Law*, 10 (1-2), p. 156.

los Estados. La nacionalidad es, pues, tanto un hecho habilitante para estos derechos (si se es nacional), como una barrera para su ejercicio (si no se tiene).

Por lo tanto, aunque la nacionalidad no sea ya la base para el ejercicio de los derechos humanos, puesto que sus principios sostienen que ser humano es el derecho a tener derechos, la *desnacionalización* es un proceso incompleto⁵⁵. A pesar del desarrollo del sistema de protección internacional de los derechos humanos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la nacionalidad de una persona determina cómo es tratada por dicho sistema; la efectividad de sus derechos se determina con referencia al país al que pertenece⁵⁶. Además, sigue habiendo muchos derechos humanos a los que solo tienen acceso quienes poseen una nacionalidad. Por ejemplo, el derecho a la participación política consagrado en el artículo 21 de la DUDH, en su primer párrafo, está limitado a personas nacionales cuando establece que «toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país».

Asimismo, tanto la DUDH como el PIDCP establecen el derecho humano a salir, entrar y quedarse en el territorio de un país, pero hacen referencia al Estado del que se es nacional. Así, el artículo 13.2 de la DUDH determina que «toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país», y el artículo 12.4 del PIDCP garantiza el derecho a no ser «arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país»; los Estados pueden limitar la entrada y residencia de personas extranjeras, así como decretar su expulsión.

Las personas apátridas estarían automáticamente inhabilitadas para ejercer ese derecho por su condición de personas sin nacionalidad. Sin embargo, y a pesar de la literalidad del texto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entiende que «el alcance de la expresión «su propio país» es más amplio que el de «país de su nacionalidad»» y que, por ello, «no se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero»; en ese sentido, considera que una interpretación más amplia permitiría «abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia»⁵⁷.

⁵⁵ VAN WAAS, L. (2009): «Nationality and Rights», en Blitz, B. K. y Lynch, M. (eds.), *Statelessness and the Benefits of Citizenship: A Comparative Study* (pp. 20-37). Oxford: Oxford Brookes University, pp. 21-22.

⁵⁶ BAUBÖCK, R. y PASKALEV, V. (2015): «Cutting Genuine Links: A Normative Analysis of Citizenship Deprivation», *Georgetown Immigration Law Journal*, 30(1), p. 49.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos (1999): Comentario general núm. 27: Libertad de circulación (artículo 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párrafo 20.

Algo similar sucede con los derechos económicos. El PIDESC permite, en su artículo 2, que «los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos»⁵⁸, sin que exista definición de *país en desarrollo* o se definan qué *derechos económicos*⁵⁹. Por otro lado, la CERD permite excluir de su ámbito de aplicación «las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos» (artículo 1.2). Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha afirmado que: «la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo»⁶⁰.

Van Waas defiende que no hay discusión acerca de que los derechos humanos son aplicables a toda persona, con independencia de su nacionalidad o carencia de ella; no obstante, en la práctica, la situación de las personas apátridas genera dudas acerca de la inclusividad del término «humanos» en «derechos humanos». Considera que todo ello es prueba de la importancia de la nacionalidad incluso en el contexto de la era de derechos humanos contemporáneos, y que, si todo ser humano ejerciese su derecho a una nacionalidad, no habría nadie sin ese vínculo jurídico con el Estado y, por lo tanto, sin acceso a los derechos humanos derivados de él. Concluye su tesis estableciendo que la incompleta *desnacionalización* de los derechos humanos supone un grave riesgo para las personas apátridas: la (re)adquisición de una nacionalidad, poniendo así fin a su situación de apatridia, se presenta como el único remedio efectivo para solventar su situación de vulnerabilidad⁶¹.

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Resolución 220 A (XXI) de la AGNU, adoptada el 16 de diciembre de 1966, A/RES/220A(XXI).

⁵⁹ No obstante, puede tomarse como definición de desarrollo la propuesta por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 51/240, de 20 de junio de 1997, en la que afirmó que «el desarrollo es una empresa multidimensional para lograr una mejor calidad de vida para todos los pueblos. El desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes del desarrollo sostenible que tienen una relación de interdependencia y se refuerzan recíprocamente». Este mismo documento destaca la importancia del desarrollo sostenible, y en este sentido es esencial mencionar la Agenda 2030, cuyo contenido y objetivos de desarrollo sostenible informan el concepto y la noción de desarrollo descrito por la Asamblea General en 1997.

⁶⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2004). Recomendación general núm. XXX: Discriminación contra los no ciudadanos, párrafo 4.

⁶¹ VAN WAAS, L. (2009): *Op. cit.*, p. 24.

Efectivamente, la *desnacionalización* de los derechos humanos impide garantizar su ejercicio pleno en la práctica a quienes carecen de una nacionalidad. El marco teórico no encuentra acomodo en la práctica de forma que las personas apátridas puedan estar protegidas en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas humanas. Su verdadera protección, por lo tanto, solo puede ser completa a través de la adquisición de una nacionalidad. En el trasfondo de todo ello está el poder del Estado soberano. Su capacidad de exclusión no solo limita la participación del *otro* dentro de su comunidad política, sino que puede incluso expulsarla de la humanidad, puesto que la efectividad de los derechos humanos está condicionada a la potestad de aquel de incluir a colectivos dentro de su soberanía personal. No hay humanidad más allá del Estado. La pertenencia a una comunidad política es condición necesaria para el disfrute de los derechos que le corresponden a toda persona por el mero hecho de serlo. La nacionalidad se posiciona, nuevamente, como una poderosa herramienta de exclusión.

4. CONCLUSIÓN: UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

La nacionalidad es una institución fundamental de nuestra época desde un punto de vista social y jurídico. Es clave para la identidad personal, pero también para la colectiva de las masas, y supone la llave para ser visible en el mundo del derecho y de los derechos. Es, por lo tanto, una vía esencial de supervivencia en la era del Estado moderno en forma de Estado-nación; y, además, la nacionalidad concreta que se posee es un factor determinante de las oportunidades vitales del ser humano⁶².

Ser nacional comporta el mayor estatuto jurídico que el Derecho reserva a las personas físicas (incluye los privilegios de la ciudadanía, derechos políticos, civiles, económicos, sociales, etc.). Sin embargo, es también un mecanismo de exclusión, pues es una herramienta empleada por el Estado soberano para delimitar las personas sujetas a su jurisdicción: ello siempre implica una distinción entre nacionales y extranjeros que excluye a estos últimos de aquel estatuto. No obstante, en tanto en cuanto estos sean nacionales de otros Estados, es decir, tengan una nacionalidad, gozarán, en principio, de la protección jurídica del Estado que se la concede. El problema surge con las personas apátridas, excluidas de todo ordenamiento jurídico y carentes de todo estatuto equiparable al del nacional.

Se trata, por lo tanto, de una facultad del Estado que le permite decidir a qué personas concede el ejercicio pleno de derechos civiles,

⁶² SHACHAR, A. (2009): *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*. Cambridge: Harvard University Press, p. 21.

políticos, económicos y sociales dentro de su territorio⁶³. El resto quedan excluidas. Es por ello por lo que el derecho humano a no ser apátrida, es decir, el derecho humano a una nacionalidad está ampliamente reconocido como un derecho humano fundamental⁶⁴. Se trata del «derecho a tener derechos». A las personas apátridas, por lo tanto, se les niega el acceso a derechos humanos y derechos fundamentales, a la protección estatal y al acceso a ser reconocidas como personas bajo la ley⁶⁵. Disfrutar del derecho humano a una nacionalidad es la llave para desbloquear de forma efectiva el acceso al mundo del derecho y, por ende, el acceso al resto de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, H. (1994): «We Refugees», en Robinson, M. (ed.), *Altogether elsewhere: writers on exile* (pp. 110-119). Winchester: Faber & Faber.
- (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- (2016). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- ARISTÓTELES, (1988): *Política (Libro III)*. Madrid: Editorial Gredos.
- ARMSTRONG, J. A. (1982): *Nations before Nationalism*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- BALIBAR, E. (2005): *Violencias, identidades y civilidad para una cultura política global*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- BATCHELOR, C. A. (1995): «Stateless Persons: Some Gaps in International Protection», *International Journal of Refugee Law*, 7(2), 232-259.
- (1998). «Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status». *International Journal of Refugee Law*, 10(1-2), 156-182.
- BAUBÖCK, R. & PASKALEV, V. (2015): «Cutting Genuine Links: A Normative Analysis of Citizenship Deprivation», *Georgetown Immigration Law Journal*, 30(1), 47-104.
- BAUMEISTER, R. & LEARY, M. (1995): «The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation», *Psychological Bulletin*, 117(3), 497-529.
- BLACKMAN, J. L. (1998): «State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law», *Michigan Journal of International Law*, 19(4), 1141-1194.

⁶³ WEISSBRODT, D. & COLLINS, C. (2006): *Op. cit.*, p. 248.

⁶⁴ FOSTER, M. & LAMBERT, H. (2016): «Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come». *International Journal of Refugee Law*, 28(4), pp. 573-574. En el mismo sentido, WEISSBRODT, D. & COLLINS, C. (2006). *Op. cit.*, p. 246. FOSTER y LAMBERT reconocen que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas así lo ha reconocido en varias resoluciones, así como el Consejo de la Unión Europea, a través de sus «Conclusiones del Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la apatridia» (14511/15 ASIM 155 RELEX 965), de 4 de diciembre de 2015, en cuyo texto determina que «el derecho a una nacionalidad es un derecho fundamental».

⁶⁵ BATCHELOR, C. A. (1995): «Stateless Persons: Some Gaps in International Protection». *International Journal of Refugee Law*, 7(2), p. 235.

- BORCHARD, E. (1938): «Three Hague Conventions on Nationality», *The American Journal of International Law*, 32(1), 126-128.
- BUERGHENTAL, T., SHELTON, D. & STEWART, D. P. (2009). *International Human Rights in a Nutshell*. West Academic Publishing.
- CARPENTIER, J. & LEBRUN, F. (dirs.) (2018). *Breve historia de Europa*. Madrid: Alianza Editorial.
- CÓRDOVA, R. (1954): «Third report on the elimination or reduction of statelessness by Roberto Córdova, Special Rapporteur», A/CN.4/81. *Yearbook of the International Law Commission 1954, vol. II*, 26-41.
- CHRISTENSON, G. A. (2012): «Liberty of the Exercise of Religion in the Peace of Westphalia», *Transnational Law & Contemporary Problems*, 21, 721-761.
- DE LUCAS MARTÍN, J. (1996): *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- DIENER, A. C. (2017): «Re-Scaling the Geography of Citizenship», en Shchar, A., Bauböck, R., Bloemraad, I. & Vink, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship* (pp. 36-59). Oxford: Oxford University Press.
- DONNELLY, J. (2003): *Universal Human Rights in Theory & Practice* (2nd edition). Nueva York: Cornell University Press.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2019): «El origen de la paz internacional a través del Derecho», *Revista de la Facultad*, 10(1), 57-92.
- DUGDALE, B. E. C. & BEWES, W. A. (1926): «The Working of the Minority Treaties», *Journal of the British Institute of International Affairs*, 5(2), 79-95.
- FINK, C. (1995): «The League of Nations and the Minorities Question», *World Affairs*, 157(4), 197-205.
- FISKE, S. T. (2014): *Social Beings: Core Motives in Social Psychology*. Princeton: Wiley.
- FORLATI, S. (2013): «Nationality as a Human Right», en Annoni, A. & Forlati, S. (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law* (pp. 18-36). Londres: Routledge.
- FOSTER, M. & LAMBERT, H. (2016): «Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come», *International Journal of Refugee Law*, 28(4), 564-584.
- GANCZER, M. (2015): «The Right to a Nationality as a Human Right?», *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014*, 15-33.
- GRIZO, M. (2010). «The Versailles System of Peace Treaties and Minority Protection in Southeast Europe – The Bulgarian-Greek Convention for the Exchange of Population in 1919», *Belgrade Law Review, LVIII* (3) (2010), 67-81.
- HAILBRONNER, K. (2006): «Nationality in public international law and European law», en Bauböck, R., Ershøj, E., Groenendijk, K., & Waldrauch, H. (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality. Policy and Trends in 15 European States, Volume I: Comparative Analyses* (pp. 35-104). Amsterdam: Amsterdam University Press.
- HANLEY, W. (2014): Statelessness: «An Invisible Theme in the History of International Law», *The European Journal of International Law*, 25(1), 321-327.
- HANNUM, H. (1998): «The UDHR in National and International Law», *Health and Human Rights*, 3(2), 144-158.

- HUDSON, M. O. (1952): «Report on Nationality, Including Statelessness by Mr. Manley O. Hudson, Special Rapporteur», A/CN.4/50. *Yearbook of the International Law Commission 1952, vol. II*, 8-24.
- HUMPHREY, J. P. (1976): «The International Bill of Rights: Scope and Implementation», *William & Mary Law Review*, 17(3), 527-541.
- KLEIN, D. F. (1988): «A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts», *Yale Journal of International Law*, 13, 332-365.
- LAMARR, K. (2018): «Jurisprudence of Minority Rights: The Changing Contours of Minority Rights», *Proceedings of the Research Association for Interdisciplinary Studies, March 26-27, 2018*, 165-180.
- LAUTERPACHT, H. (1979): «Foreword to the First Edition», en WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*. Países Bajos: Stijhoff and Noordhoff.
- (1982): *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge: Grotius Publications Limited.
- LIEBICH, A. (2008): «Minority as Inferiority: Minority Rights in Historical Perspective», *Review of International Studies*, 34(2), 243-263.
- MASLOW, A. (1943): «A Theory of Human Motivation», *Psychological Review*, 50, 370-396.
- OPPENHEIM, L. F. L. (1905): *International Law, A Treatise, Vol. I, Peace*. Londres, Nueva York y Bombay: Longmans, Green, and Co.
- ORAÁ, J. & GÓMEZ ISA, F. (1997): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. (2003): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos (novena edición).
- PREECE, J. J. (1998): *National Minorities and the European Nation-States System*. Nueva York: Oxford University Press.
- (2005). *Minority Rights: Between Diversity and Community*. Cambridge: Polity Press.
- ROOSEVELT, E. (1948): «Statement to the United Nations' General Assembly on the Universal Declaration of Human Rights», 9 December 1948, *United States Department of State Bulletin 19*.
- SHACHAR, A. (2009): *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*. Cambridge: Harvard University Press.
- SOLANES CORELLA, Á. (2018): «The Political, Legal and Moral Scope of the Universal Declaration of Human Rights: Pending Issues», *The Age of Human Rights Journal*, 11, 1-23.
- VAN WAAS, L. (2009): «Nationality and Rights», en Blitz, B. K. & Lynch, M. (eds.), *Statelessness and the Benefits of Citizenship: A Comparative Study* (pp. 20-37). Oxford: Oxford Brookes University.
- WEIS, P. (1979): *Nationality and Statelessness in International Law*. Países Bajos: Stijhoff and Noordhoff.
- WEISSBRODT, D. & COLLINS, C. (2006): «The Human Rights of Stateless Persons», *Human Rights Quarterly*, 28(1), 245-276.

La violencia de género y el uso de algoritmos
como herramienta efectiva para la protección
de los derechos fundamentales

*Gender violence and the use of algorithms
as an effective tool for the protection
of fundamental rights*

Por NIEVES MACCHIAVELLI*

RESUMEN

Las nuevas tecnologías presentan los desafíos más variados. Pero, en lo que a la violencia de género refiere, el uso de tecnología como la inteligencia artificial puede ayudar a minimizar ciertos tipos o aspectos de este flagelo. Dadas las particularidades que representa este tipo de violencia, el éxito o fracaso de la aplicación de la inteligencia artificial dependerá de una selección estratégica de técnicas inteligentes actualmente disponibles. Y, si aún existen ciertas dudas sobre las técnicas del aprendizaje automático, la automatización de procesos penales cometidos en el contexto de la violencia o la

* Abogada (UBA). Máster en Administración de Justicia (Università degli Studi di Roma – Unitelma Sapienza). Máster en Prevención de la Violencia de Género por la Universidad de Salamanca. Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Codirectora del Programa Interdisciplinario de «Inteligencia Artificial y Género» de la Universidad de Buenos Aires. Líder de Proyecto «I-Map» y de «Automatización de procesos y denuncias en materia de violencia de género» del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

clasificación y detección inteligente empleadas en el proyecto I-Map, son buenos ejemplos de éxito y uso adecuado de la inteligencia artificial.

Se trata entonces de un proceso complejo que implica la proyección del desarrollo con las técnicas que mejor se adapten al objetivo buscado, lo que implica la formación de equipos multidisciplinares y la gobernanza de datos. Todos estos son elementos básicos e imprescindibles para implementar el uso de la inteligencia artificial.

Palabras clave: violencia de género, inteligencia artificial, automatización, sesgos.

ABSTRACT

New technologies present the most varied challenges. But, regarding to gender violence specifically, the use of technology such as artificial intelligence can help to minimize certain types or aspects of this scourge. Given the particularities that this type of violence represents, the success or failure of applying artificial intelligence will depend on a strategic selection of intelligent techniques currently available. And, if there are still certain doubts regarding machine learning techniques, the automation of criminal proceedings committed in the context of violence or the intelligent classification and detection used in the I-Map project, are good examples of success and proper use of artificial intelligence.

It is then a complex process that involves the projection of development with the techniques that best adapt to the objective sought, which implies the formation of multidisciplinary teams and data governance. All these are basic and essential elements to implement the use of artificial intelligence with the aim of protecting women victims of violence

Keywords: gender violence, artificial intelligence, automation, biases.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. GENERALIDADES PREVIAS. DESPEJANDO TÉCNICAS. – 3. AUTOMATIZACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN CASO TESTIGO. – 4. DETECCIÓN INTELIGENTE. EL CASO DE I-MAP. – 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. PRELIMINARY GENERALITIES. CLEARING TECHNIQUES. – 3. AUTOMATION OF JUDICIAL PROCESSES WITH A GENDER PERSPECTIVE. A LEADING CASE. – 4. SMART DETECTION. THE CASE OF I-MAP. – 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque nadie niega avances interesantes respecto a la efectiva equiparación social entre varones y mujeres, la violencia de género no cede. Básicamente, porque aún existe una situación de desigualdad estructural derivada de años de evolución que colocó y posicionó al varón, en un rol social de superioridad hacia la mujer¹. Y ello, claro está, continúa teniendo consecuencias nefastas².

En tal contexto, podría sostenerse que el uso de las nuevas tecnologías y, más concretamente, el uso de la inteligencia artificial –en adelante IA– no tiene con la violencia de género puntos posibles de encuentro. Y, si los hubiere, se alega, tampoco la IA tiene mucho que aportar. Básicamente, porque el razonamiento llano instintivo diría que, una pandemia³ de tipo social y cultural –como la violencia de género– requiere de sensibilización, comprensión, contención y empatía hacia las víctimas mujeres. Y, por tanto, su abordaje no podría ser suplido con *algo* que no sea una persona humana. Además, también podría acotarse que el uso de la IA es rápidamente asociado a sesgos que vendrían a acrecentar el problema. O, también, a sistemas predictivos centrados en *adivinar* las conductas futuras del agresor

¹ Para comprender el fenómeno de la violencia masculina sobre las mujeres es necesario analizar los factores que han contribuido a su desarrollo y mantenimiento, y que la han legitimado social y culturalmente. El sistema de valores y creencias que ha caracterizado a las sociedades patriarcales fijaba un desequilibrio de poder entre sexos como algo natural, donde los varones eran superiores por naturaleza y les confería el derecho y la responsabilidad de dirigir la conducta de la mujer. Los patrones de conducta –la adjudicación de roles diferenciados en función del sexo– se han basado en un modelo sociocultural que fomenta y tolera normas, valores y principios que perpetúan la posición de inferioridad de las mujeres y su supeditación a los varones. Se ha asociado lo masculino con características de dominancia, control e independencia, y lo femenino con atributos de sensibilidad, afecto y preocupación por el bienestar ajeno. Asimismo, el papel de supremacía del hombre ha estado destinado al espacio público o político y el de la mujer ha quedado relegado al espacio privado o doméstico. A través de los procesos de socialización se ha ido construyendo la identidad masculina de los hombres –el conjunto de valores y actitudes que determinan cómo deben ser los hombres–, y los ha ido ubicando en uno de los lados de la relación genérica y jerárquica de poder (LORENZO HERNÁNDEZ M., *La intervención con agresores como prevención en violencia de género*, posición en Kindle 770-779).

² Las conocidas estadísticas de Naciones Unidas señalan que, al menos, una de cada tres mujeres ha sufrido, en algún momento de su vida, violencia física o sexual, principalmente por parte de su pareja, lo que convierte a la violencia basada en género en una pandemia mundial. Incluso, esos mismos informes de Naciones Unidas, sostienen que la violencia provoca más muertes de mujeres que la tuberculosis, la malaria y todos los tipos de cáncer juntos (ver reportaje publicado por las Naciones Unidas, «*La violencia de género es una pandemia mundial*», 25 de noviembre de 2016, <https://news.un.org/es/audio/2016/11/1418021>, 21 de mayo de 2021).

³ La violencia basada en género fue declarada «pandemia» por las Naciones Unidas en el año 2016. *Ibidem*.

cuando, aun identificando características del hombre maltratador⁴, las investigaciones al momento no han logrado determinar un perfil psicológico del hombre agresor, es decir, los hombres violentos con su pareja no constituyen un grupo homogéneo, ni tampoco se pueden hacer tipologías concluyentes con ellos⁵. Todo ello, en definitiva, suele decantar en un rechazo y en un desencuentro entre la IA y la violencia de género.

Aun así, existe todo un abanico de técnicas inteligentes posibles que resultan de imprescindible utilización para evitar, por ejemplo, la revictimización de la mujer. En efecto, la IA puede contribuir a tornar *más eficaces* los procesos existentes que involucren temas de género. También puede clasificar y procesar –a una velocidad exponencial– información relevante que permita visualizar, como se mostrará, posibles conductas discriminatorias por parte del Estado. Es decir, existen técnicas inteligentes disponibles que pueden utilizarse como un mecanismo para mejorar las herramientas en la persecución penal⁶ o, mostrar la desigualdad de género existente.

De allí que el objeto de este trabajo se centre en mostrar cómo una selección estratégica de técnicas de IA pueden contribuir a minimizar ciertos tipos o aspectos de la violencia de una y, también, alejada de los prejuicios que, en general, merodean al uso de esta en temas sensibles.

2. GENERALIDADES PREVIAS. DESPEJANDO TÉCNICAS

Expuesto lo anterior, no es posible dilucidar cuál es la técnica inteligente que mejor se adecua al objetivo antes señalado si no se comprende cuáles son las técnicas disponibles, o cómo funcionan, o cuáles son las limitaciones o críticas que suelen endilgarse a los diferentes

⁴ Los agresores suelen presentar carencias psicológicas significativas, como sesgos cognitivos (pensamientos distorsionados sobre los roles sexuales y la inferioridad de la mujer, principalmente), dificultades de comunicación, irritabilidad y una falta de control de los impulsos, así como otras dificultades específicas (abuso de alcohol y celos patológicos). Se muestran muy sensibles a las frustraciones, presentan unas habilidades de comunicación muy limitadas y carecen de estrategias adecuadas para solucionar los problemas (TORRES A., LEMOS-GIRÁLDEZ S. y HERRERO J.; «Violencia hacia la mujer: características psicológicas y de personalidad de los hombres que maltratan a su pareja», *Anales de Psicología*, vol. 29, núm. 1 (enero), España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2013, pp. 9-18, http://scielo.isciii.es/pdf/ap/v29n1/psico_clinica2.pdf, 21 de mayo de 2021).

⁵ LORENZO HERNÁNDEZ M.; *op. cit.*, posición en Kindle 191-192.

⁶ Obviamente, las ventajas de la IA no se refieren exclusivamente –ni siquiera específicamente– a la violencia de género, sin embargo, las respuestas que se requieren en nuestro ámbito son urgentes. Por ello, resulta necesaria su aplicación preferente en este ámbito.

usos de la inteligencia artificial. Por ello, se intentará a continuación explicar aspectos básicos de la Inteligencia Artificial.

Si bien no existe consenso sobre una definición de IA, en términos generales puede decirse que es una rama de las ciencias computacionales encargada de estudiar *modelos* de cómputo capaces de realizar actividades propias de los seres humanos, en base a dos de sus características primordiales: el razonamiento y la conducta. Pero, se insiste, más allá de esas características básicas, no hay consenso⁷. Sobre lo que sí hay consenso es que, la IA, no responde a una tecnología específica.

Se suele diferenciar la IA débil de la IA fuerte la cual, aún, no ha sido creada⁸. Por tanto, concentrándonos en las funcionalidades de la IA débil hoy disponible, es necesario detenernos a diferenciar sobre cuáles son sus formas de funcionamiento puesto que, a partir de ello, es posible tomar decisiones estratégicas y así, decidir la herramienta inteligente más adecuada para la problemática de la violencia de género.

Por un lado, existe una forma de entrenamiento que se denomina aprendizaje automático⁹, con la variable del aprendizaje profundo¹⁰. Esta última forma más sofisticada de entrenar a los algoritmos, requiere de grandes datos y, se identifica con sistemas de redes neuronales complejos. Además, esta categoría de algoritmos utiliza estadísticas para encontrar patrones en los datos y ha demostrado ser muy poderosa para imitar algunas habilidades humanas, como nuestra capacidad de ver y escuchar. Hasta cierto punto, incluso, puede replicar nuestra capacidad de razonar. Estas funciones impulsan las búsquedas de

⁷ <https://www.technologyreview.es/s/10738/como-saber-si-esta-usando-una-ia-descubralo-con-este-grafico>, 21 de mayo de 2021 y CORVALÁN, J. G.; *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar instituciones públicas*, publicación digital conjunta de Editorial Astrea (Buenos Aires, Argentina), *Derecho Público para Innovar* (Ciudad de Buenos Aires, Argentina), Editorial Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el *Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique* (París, Francia), 2019, https://dpicuantico.com/area_diario/libro-ia-para-transformar-organizaciones-publicas/ (21 de mayo de 2021).

⁸ CORVALÁN, J. G.; *Perfiles digitales humanos*, Ciudad de Buenos Aires, Thomson Reuters, 2020, p 34.

⁹ El aprendizaje automático es un tipo de inteligencia artificial (IA) que proporciona a las computadoras la capacidad de aprender, sin ser programadas explícitamente. El aprendizaje automático se centra en el desarrollo de programas informáticos que pueden cambiar cuando se exponen a nuevos datos (ROUSE M.; «Aprendizaje automático» <https://searchdatacenter.techtarget.com/es/definicion/Aprendizaje-automatico-machine-learning> 21 de mayo de 2021).

¹⁰ El *Deep Learning* lleva a cabo el proceso de aprendizaje automático usando una red neuronal artificial que se compone de un número de niveles jerárquicos. En el nivel inicial de la jerarquía la red aprende algo simple y luego envía esta información al siguiente nivel. El siguiente nivel toma esta información sencilla, la combina, compone una información algo un poco más compleja, y se lo pasa al tercer nivel y así, sucesivamente (GARCÍA MORENO, C.; «¿Qué es el *Deep Learning* y para qué sirve?», <https://www.indracompany.com/es/blogneo/deep-learning-sirve>. 21 de mayo de 2021).

Google, las noticias de Facebook y el motor de recomendaciones de Netflix y, claro está, han estado transformando industrias enteras como la salud y la educación¹¹.

Básicamente, el aprendizaje profundo recibe el nombre de *caja negra* al no poder explicar la secuencia o los pasos del razonamiento o de la respuesta¹². Esto, desde luego, presenta serias críticas frente a la ausencia de una explicación a los posibles sesgos y discriminación del razonamiento. Ejemplos como Compas¹³ o el reclutador inteligente de Amazon¹⁴ son solo dos de muchos que han puesto la problemática sobre la mesa. En esencia, el punto es que, de ser trazable o explicable, ello mitigaría bastante el problema, puesto que podría permitir, *a priori*, su corrección y perfeccionamiento. Pero, aunque ya existen ejemplos de investigaciones que intentan superar estas deficiencias del aprendizaje profundo, lo cierto es que, aun, resta mucho por transitar.

A modo de ejemplo, lo que se conoce como XAI –*explainable artificial intelligence*, se centra en explicar a los humanos el razonamiento que subyace a la decisión de IA, pretendiendo con ello dar confianza al usuario. Desde Darpa¹⁵, hasta un primer prototipo que, mediante el uso de una red neuronal, aprendió a jugar el clásico videojuego Frogger ofreciendo una explicación del movimiento¹⁶. Existen varios proyectos interesantes que se abocan a ello, intentando superar las deficiencias del aprendizaje profundo. Por ejemplo, informáticos de la empresa Kindy utilizan el código *Prolog* –un lenguaje de programación que data de la década de 1970– y que, según se explica «fue

¹¹ HAO K.; «Auge y caída de las distintas técnicas de IA a lo largo de la historia», traducido por Ana Milutinovic, *MIT Technology Review*, Technology Review Inc., Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), 2019, <https://www.technologyreview.es/s/10907/auge-y-caida-de-las-distintas-tecnicas-de-ia-lo-largo-de-la-historia>. (21 de mayo de 2021).

¹² Aunque esto está siendo objeto de análisis y discusión actualmente en el MIT (HEAVEN D.; «Caja negra vs. de cristal: la IA que funciona contra la que se explica», traducido por Ana Milutinovic, *MIT Technology Review*, Technology Review Inc., Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), 2020, <https://www.technologyreview.es/s/11839/caja-negra-vs-de-cristal-la-ia-que-funciona-contra-la-que-se-explica> (21 de mayo de 2021).

¹³ Desarrollado por la empresa norteamericana Northpointe, para predecir el riesgo de reincidencia en la comisión de delitos.

¹⁴ Fue «apagado» dado que discriminaba a las mujeres. El error no es evidencia de que el programa inteligente esté dando preferencia a los perfiles de los hombres sobre el de mujeres, sino que el protocolo de la herramienta elegía los perfiles basados en patrones de cómo había elegido a candidatos en los últimos 10 años. Debido a que en la última década la mayoría de las contrataciones fueron hombres, el programa mantuvo ese patrón de calificación y contratación; reflejando también el dominio de los hombres en la industria de la tecnología en la última década (<https://noticiasya.com/2018/10/15/amazon-apaga-sistema-de-reclutamiento-porque-discriminaba-a-mujeres/> 21 de mayo de 2021).

¹⁵ Turek, Inteligencia artificial explicable (XAI) <https://www.darpa.mil/program/explainable-artificialintelligence> (21 de mayo de 2021).

¹⁶ HEAVEN D.; *op. cit.*

diseñado para la inteligencia artificial enfocada en la representación del razonamiento y del conocimiento»¹⁷, procesando hechos y conceptos, no solo palabras, para completar tareas que no siempre están bien definidas.

Sin embargo, si bien es un paso importante, el uso de técnicas de aprendizaje profundo, en los hechos, puede generar ciertas dudas, al menos por el momento, para dar respuesta o cauce posible a la problemática de la violencia de género. Ello, porque, aun logrando dar una explicación, el problema sigue merodeando no solo en torno a su alcance¹⁸, sino en las posibilidades ciertas de corrección frente a la detección de sesgos¹⁹. En este aspecto, no termina de quedar en claro si, con la explicación, de lograrse, se podría segmentar o identificar el momento exacto en que se gesta el sesgo. Así, conviene recordar las diferentes etapas en las que el sesgo puede provenir²⁰, sea en la de identificación del objetivo como en la recogida o preparación de datos que le han servido de ancla. Y, ello, tiene respecto de la violencia de género particular incidencia puesto que, para empezar, los datos disponibles²¹, en general, tienden a espejar el rol que la humanidad le ha ido asignando a la mujer. De modo que, de no poder identificar la malnutrición del dato o, con exactitud, la etapa en la cual se ha comenzado a gestar el sesgo, la subsanación puede resultar inviable. Recordemos que incluso Amazon intentó corregir su reclutador con resultados negativos hasta que, finalmente, tuvo que quitarlo²².

Ahora bien, las carencias descritas, aunque condicionantes, solo dejan en claro algunas limitaciones de la técnica del aprendizaje profundo, pero ello no descarta de plano el uso de otras técnicas inteli-

¹⁷ LOHR S.; «Is There a Smarter Path to Artificial Intelligence? Some Experts Hope So», *The New York Times*, Section B, The New York Times Company, 2018, p. 1, <https://www.nytimes.com/2018/06/20/technology/deep-learning-artificial-intelligence.html> (21 de mayo de 2021).

¹⁸ Cabe recordar que los algoritmos de IA son sistemas probabilísticos y, sin duda, va más allá del entendimiento de la mayoría de los usuarios finales. Requiere que personas capacitadas puedan comprender el sublenguaje de los números. Por tanto, la explicación «en crudo» puede que no tenga sentido para ellos sin no se realiza una adecuación destinada al usuario final.

¹⁹ Incluso, Google reconoce esta problemática <https://cloud.google.com/ai-prediction/docs/ai-explanations/overview?hl=es> (21 de mayo de 2021).

²⁰ HAO, K.; «Cómo se produce el sesgo algorítmico y por qué es tan difícil detenerlo», traducido por Ana Milutinovic, *MIT Technology Review*, Technology Review Inc., Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), 08 de febrero de 2019, <https://www.technologyreview.es/s/10924/como-se-produce-el-sesgo-algoritmico-y-porque-es-tan-dificil-detenerlo> (21 de mayo de 2021).

²¹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ M.; «El sexismo de los algoritmos puede hacernos retroceder décadas en igualdad», Euronews, 6 de marzo de 2020, <https://es.euronews.com/amp/2020-de-marzo-de-06/como-los-algoritmos-nos-pueden-hacer-retroceder-decadas-en-igualdad-de-genero> (21 de mayo de 2021).

²² DASTIN J.; «Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista», traducido por Tomás Cobos, Madrid, *Reuters España*, Thomson Reuters, 14/08/2018 <https://www.reuters.com/article/amazon-com-contratacion-ia-idES-KCN1M00M4> (21 de mayo de 2021).

gentes. Ello así, puesto que es posible nutrirnos sanamente de tecnología disruptiva a partir de una selección estratégica de técnicas inteligentes que permitan supervisar datos y procesos, antes y después del razonamiento propuesto. Ello marca, cuanto menos, una clara diferencia puesto que, dada la magnitud del flagelo de la violencia de género, la humanidad no está en condiciones de ir probando o experimentando tecnologías que muestren sesgos o limitaciones hacia las mujeres, puesto que ello terminaría por acrecentar e incorporar otra variable negativa a lo que ya hoy subyace al flagelo de la violencia.

Así, existen técnicas tales como la automatización y la detección inteligente que, a partir del uso de las denominadas cajas blancas²³, permiten explicar y trazar el modo de razonamiento, por oposición a lo antes visto. Por ejemplo, mediante la automatización inteligente²⁴ se puede programar a los algoritmos para que realicen tareas rutinarias y estandarizadas, simplificando de ese modo el trabajo humano, permitiendo con ello que las personas se dediquen a producir otras más sofisticadas. En la detección inteligente²⁵, otro ejemplo, se logra el resultado deseado en tiempo real a partir de segmentar la información en base a patrones.

Además, y como seguidamente se explica, dichas técnicas se presentan como herramientas eficientes, capaces de mitigar ciertos aspectos y tipos de la violencia de género.

Por último, resta aclarar que la implementación de cualquiera de estas técnicas involucra o supone, siempre, un proceso complejo, donde el trabajo en equipo multidisciplinario y la gobernanza de datos²⁶ juegan un papel preponderante y elemental en términos de lograr resultados eficientes.

²³ ALMAGRO BLANCO P.; «Caja negra, caja blanca la inteligencia artificial explicable», *Inteligencia Artificial. El mundo que viene*, 2018, Revista de Occidente, pp. 92-100

²⁴ CEVASCO L., CORVALÁN J. G. y LE FEVRE CERVINI E. M.; *Inteligencia Artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*, Buenos Aires, Astrea (Argentina), Derecho Público para Innovar (Argentina), Ciudad de Buenos Aires, Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Ciudad de Buenos Aires, Institut Du Monde Et Du Développement Pour La Bonne Gouvernance Publique (IMODEV) (Francia), París, 2019, pp. 19 ss., <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2019/09/IAyT.pdf>. (21 de mayo de 2021).

²⁵ CORVALÁN J. G.; «Prometea. Inteligencia Artificial para transformar instituciones públicas», *op. cit.*

²⁶ Gobernar datos comprende dos grupos de acciones: 1) el análisis cuantitativo y la segmentación; 2) la profundización de la información a través del análisis cualitativo. A partir de esto, podremos identificar patrones comunes, extraer reglas y excepciones, detectar respuestas que ya estén estandarizadas o que sean susceptibles de estandarización. Por ello, permite fijar una serie de procesos y responsabilidades que aseguran la calidad y la seguridad de los datos que se emplean en una sociedad u organización. La gobernanza de datos define quién puede emprender acciones, sobre qué datos, en qué situaciones y mediante qué métodos, <https://dataiq.com.ar/blog/gobernanza-de-datos-en-3-pasos/> (21 de mayo de 2021).

3. AUTOMATIZACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN CASO TESTIGO

La violencia basada en género implica violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Aunque se ha avanzado, en alguna medida, con el dictado de normas de protección, no existen soluciones eficaces para proteger a las mujeres de este flagelo; que se puede incrementar a partir de un rol estatal ineficiente. Por caso, si a la violencia de género le sumamos una gestión judicial lenta, que tiende a revictimizar a las mujeres que toman la difícil decisión de denunciar al agresor, la situación claramente se torna aún más gravosa y reprochable.

Conviene recordar, en ese aspecto, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se basa en la premisa de acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, los cuales constituyen la primera línea de defensa de los derechos básicos. Lo que incluye, desde luego, los derechos de las mujeres en casos de violencia.²⁷ En ese marco, los Estados tienen el deber de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos. Esta obligación, según se explica, implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁸.

Ahora bien, en este contexto, debemos tener en claro que los jueces, fiscales y defensores toman muchas de sus decisiones de manera ya automatizada. El cúmulo del trabajo diario obliga, entre otras cosas, a que los operadores jurídicos se valgan o se asistan, con el uso de documentos modelos y, para ello, se copian y se pegan párrafos. Entre otras cuestiones, ello ocurre porque hay una gran cantidad de casos que son idénticos. De allí, que constituya una práctica habitual y sostenida que gran parte de las diversas actividades por la que se impulsa o se avanza en un proceso judicial respondan a una estructura previamente estandarizada. La característica es que ello se realiza de manera manual y con la ayuda de los diferentes sistemas de *software* disponibles de escritorio.

Lo anterior ocurre también y, para dar un ejemplo, respecto de hechos que aún no tuvieron lugar en el mundo. Ese es el caso de las medidas cautelares. Dichas medidas tienen por fin garantizar la perse-

²⁷ Ver al respecto el informe de la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA), «Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas», OEA/Ser. L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007, disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20200507.pdf> (21 de mayo de 2021).

²⁸ CORTE I. D. H., 29 de julio de 1998, caso «Velásquez Rodríguez vs. Honduras», Serie C No. 4, párr. 166.

cucción penal y su decisión implica expedirse sobre un hecho futuro e incierto, donde el juez intenta *adelantar* cuál sería el comportamiento de una persona sometida a proceso. En esos casos, las decisiones sobre hechos futuros también se encuentran estandarizadas²⁹, es decir, se estructuran tomando como base criterios de decisión adoptados con anterioridad³⁰.

Por otra parte, el empleo de técnicas de estandarización para la toma de decisiones responde a un proceso natural e, incluso, dado que los jueces son personas, ellos tampoco escapan a ese esquema. Por caso, también se ha señalado que existen ciertos sesgos (heurísticos) que pueden influir en la toma de decisiones judiciales y que la condicionarían³¹.

Desde luego que aquello puede verse como un defecto del sistema. Sin embargo, ello resulta ser directamente proporcional a la necesidad práctica derivada del volumen de casos que ingresan y que, en su mayoría, responden a esquemas o patrones similares. En resumidas cuentas, el trabajo debe estandarizarse, sea que ello se realice de manera tradicional a partir de selección de modelos creados manualmente o bien, asistidos con nuevas tecnologías, si lo que se pretende es, cuanto menos, ser más eficientes en la resolución de conflictos. Pero, en uno y otro caso, la diferencia es clara. En el primer caso, esa tarea conlleva mayor tiempo y puede producir además errores involuntarios.

En ese contexto, es imperioso que el sistema penal brinde una respuesta más eficaz a las denuncias y al proceso judicial instado por las mujeres víctimas, ya que es un deber prioritario del Estado reforzar la debida diligencia, más que en cualquier otro ámbito.

De ahí, que la automatización inteligente tenga también un rol con perspectiva de género desde que puede ser una herramienta útil para evitar revictimizar a la mujer, cuanto menos en dos aspectos. Por un lado, para garantizar el derecho de las víctimas a un proceso de toma de denuncia organizado y llevado a cabo en un tiempo razonable, evitando que aquellas deban pasar varias horas frente la autoridad receptora de denuncias³². Y, por el otro, el derecho a un proceso judicial

²⁹ Si esto puede hacerse forma parte de otra discusión de la que no puede darse cuenta aquí. Para un panorama de la cuestión, véase NIEVA FENOLL J.; *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018, pp. 61/75.

³⁰ Obviamente, no es la única forma de estandarizar decisiones ni tampoco la más justa, aunque sí es la más usual y la que ocurre de hecho en la dinámica diaria del Poder Judicial, es decir, sistematizar los propios criterios. Claramente, esto también responde a la necesidad de evitar decisiones contradictorias. Otra forma posible de estandarización sería unificando los criterios y/o utilizando, acumulativa o alternativamente, los criterios de los jueces del fuero que corresponda. Esta última forma bien utilizada podría contribuir al dictado de decisiones más homogéneas.

³¹ NIEVA FENOLL J.; *op. cit.* p. 45

³² Solo basta recordar que, muchas veces, es el propio sistema el que termina por espantar a la víctima, provocándose el descrédito y desconfianza hacia la autoridad, lo

rápido, de modo que las tareas estándares de producción de documentos no sean un obstáculo para garantizar el efectivo derecho de acceso a la justicia.

Es precisamente en ese aspecto que la técnica de automatización inteligente, ya sea en su faz completa o de intervención humana reducida, se alza como una herramienta básica necesaria, en términos de selección e incorporación estratégica de técnicas.

Con dicho fin, a modo de prueba piloto, fue utilizada la automatización inteligente, en el marco de una investigación realizada por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires³³. Los resultados obtenidos, permiten visualizar una clara optimización del proceso de toma de denuncia como, así también, del proceso judicial en general respecto de un delito en particular.

La investigación³⁴ utilizó casos judiciales que involucraban violencia de género, de tipo económica, en el ámbito de la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En concreto, luego de un proceso de gobernanza de datos y una reingeniería de proceso³⁵, se creó un formulario de denuncia inteligente³⁶, a modo de prueba de concepto, para automatizar un esquema de preguntas acordes al tipo penal involucrado³⁷, al contexto de violencia al que se ven sometidas las víctimas³⁸ y, también, a la normativa vigente

que puede decantar a futuro en resultados lesivos que podrían evitarse si el aparato estatal transmitiera seguridad y confianza. Un ejemplo recreado sobre revictimización de la mujer puede verse en un fragmento de la película de Icíar Bollaín, *Te doy mis ojos*, España, 2003, disponible en <https://youtu.be/cSoF342iCtU>. 21 de mayo de 2021

³³ La investigación completa y sus resultados puede consultarse en <https://ialab.com.ar/iaconperspectivadegenero/> (21 de mayo de 2021).

³⁴ El proyecto de investigación consta, actualmente, de tres fases de las que se dio cuenta en tres diferentes informes trimestrales. Los tres informes tienen la misma denominación: «Proyecto de automatización de procesos y denuncias en materia de violencia de género» y por eso serán citados como sigue: Primer Informe, Segundo Informe y Tercer informe. Se encuentran disponibles en <https://ialab.com.ar/informes-genero/> y <https://ialab.com.ar/tercer-informe-trimestral-genero/#3er> (21 de mayo de 2021).

³⁵ Lo cual supone adoptar ciertas decisiones por parte del órgano estatal para, luego, realizar un árbol de decisión e implementar así las técnicas de inteligencia artificial más adecuadas al proceso seleccionado.

³⁶ Vídeo prueba piloto de este sistema desarrollado en el marco del proyecto que dirijo se encuentra disponible en: <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2019/05/Nieves-Genero-IALAB-modelo-plantea-incompetencia.mp4> (21 de mayo de 2021).

³⁷ Los primeros datos analizados arrojaron un alto porcentaje de denuncias vinculadas al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Más precisamente, por infracción al artículo 1.º de la Ley núm. 13.944 de fecha 3 de noviembre de 1950 (*Boletín oficial* núm. 16769), el cual reprime en su figura básica el no pago de la obligación alimentaria para la subsistencia mínima de un menor por parte de alguno de los progenitores.

³⁸ En el caso de Argentina, la violencia económica es definida en el artículo 5.º, inc. 4, de la Ley núm. 26.485 de fecha 14 de abril de 2019 (*Boletín oficial* núm. 31632), en los siguientes términos: «La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recur-

en Argentina³⁹. Y, así, mediante la implementación de un asistente conversacional⁴⁰, ello redundó en la optimización del tiempo de toma de denuncia en un 65%⁴¹.

Por otro lado, quedó demostrado que el formulario de denuncia inteligente con la interfaz del sistema informático básico utilizado por el órgano estatal permitiría obtener los datos recolectados y así poder automatizar, de modo aún más eficiente, todos los documentos que, a resultas de un árbol de decisión⁴² se decidieron implementar. Por ejemplo, con la toma de denuncia inteligente, el algoritmo fue programado para confeccionar tanto el acta de denuncia como, también y en simultáneo, el documento de citación del imputado. El sistema, por otra parte, permite que se pueden adicionar todos aquellos otros documentos necesarios –solo agregando las preguntas que permitan reconocer el documento adecuado– para luego ser enviados en formato de documento de Word a la revisión del operador interviniente. Desde luego que lo que permite la interfaz con el sistema del órgano estatal es poder tomar datos de la denuncia y de los actos realizados en adelante para, con ello, posibilitar la confección de los documentos que se decidan programar sin necesidad de reincorporar datos. Sin ir más lejos, también y en relación a la prueba informativa que producían los fiscales, se automatizaron para que, en caso de así solicitarlo, todos ellos sean confeccionados en simultáneo y no uno a la vez⁴³.

tos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna».

³⁹ La Ley núm. 26.485 de fecha 14 de abril de 2019 (*Boletín oficial* núm. 31632) y a su decreto reglamentario núm. 1011/2010 de fecha 19 de julio de 2010 (*Boletín oficial* núm. 31947).

⁴⁰ Identificadas en el Anexo II del Tercer Informe de Avance de Investigación, publicado el 22/11/2019, disponible en <https://ialab.com.ar/tercer-informe-trimestral-genero/#3er> (21 de mayo de 2021).

⁴¹ Los resultados pueden consultarse en <https://ialab.com.ar/informes-genero/> (21 de mayo de 2021).

⁴² Los árboles de decisión pueden construirse automáticamente a través de algoritmos específicos y sirven para representar y categorizar una serie de condiciones que ocurren de forma sucesiva, para la resolución de un problema (ESTEVADEORDAL A., BELIZ G., ESTÉVEZ E., CORVALÁN J., entre otros; «Algoritmolandia. Inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina», *Planet Algorithm: Artificial Intelligence for a Predictive and Inclusive form of Integration in Latin America*, Volumen 22, núm. 44, Inter American Development Bank, 2018, p. 128, <https://publications.iadb.org/en/integration-and-trade-journal-volume-22-no-44-july-2018-planet-algorithm-artificial-intelligence> (21 de mayo de 2021).

⁴³ Ver el Tercer Informe de Avance de Investigación, publicado el 22 de noviembre de 2019, pp. 10-24, disponible en <https://ialab.com.ar/tercer-informe-trimestral-genero/#3er> (21 de mayo de 2021).

En resumidas cuentas, luego de la gobernanza de datos y de una reingeniería de proceso⁴⁴, se pudo proponer la utilización de una técnica focalizada en una necesidad específica y urgente o, en otros términos, construir un traje a la medida del problema.

En concreto, se pudo focalizar en tres cuestiones bisagras: *a)* el proceso de toma de denuncia que, como se verá, resultaba a la fecha de investigación común a todos los delitos cometidos en un posible contexto de violencia de género, *b)* la intimación del hecho, la cual se sujetaba a la previa reconstrucción del patrimonio del autor, es decir, a un tema, esencialmente, probatorio y *c)* la duración del proceso, que podría mejorarse puesto que su tramitación debiera ser, relativamente simple, en función de la conducta típica a investigar⁴⁵.

Estas tres cuestiones se encontraban conectadas entre sí puesto que las demoras, presentes en esos tres aspectos, básicamente tenían lugar por la gran cantidad de preguntas que le eran efectuadas a las mujeres durante la toma de denuncia y, además, por la necesidad de producir ciertas pruebas, todas ellas documentales, tales como la acreditación del vínculo, la existencia de ingresos, los bienes registrables del denunciado, información sobre la existencia de juicio de alimentos, entre otras, para, recién con ello, avalar un grado de sospecha alto y suficiente para luego poder proceder a la intimación del hecho.

En efecto, durante el proceso de gobernanza de datos, la investigación constató que la toma de denuncia presencial –por delitos en posible contexto de violencia de género ante el Ministerio Público Fiscal de la CABA se encuentra regulada y es común a todos los hechos que se denuncien⁴⁶– consta de un total de 62 preguntas, más otras 20 que se corresponden con la evaluación de riesgo⁴⁷. De las primeras, algunas eran alojadas en su sistema interno, mientras que, solo otras tantas, quedaban plasmadas formalmente en el acta de denuncia. Es decir, de las 62 preguntas previstas por resolución⁴⁸ hay 41 de aquellas (que consisten en recabar información respecto de los hechos ocurridos y ciertas características tanto de la víctima como del denunciado⁴⁹) que se alojaban en el llamado «Formulario de denuncia VG/VD». Con la

⁴⁴ En el caso el Ministerio Público Fiscal dictó un criterio general de actuación por el cual se estableció que primero se intima el hecho y luego se toman las medidas de pruebas completas. La resolución es la FG núm. 250/2019.

⁴⁵ Es decir, dado que se trata de un delito de omisión. Básicamente, la conducta típica consiste en no brindar la prestación alimentaria estando obligado a ello en función del vínculo con la víctima y estar en condiciones de realizar la acción, es decir, contar con ingresos para poder prestar la asistencia alimentaria.

⁴⁶ Según los estándares establecidos en la resolución FG núm. 16/2010, que aprobó las pautas básicas para la toma de denuncia y el cuestionario EPVR-R de evaluación de riesgo.

⁴⁷ Ver el Tercer Informe de Avance de Investigación, publicado el 22 de noviembre de 2019, p. 13 ss., disponible en <https://ialab.com.ar/tercer-informe-trimestral-genero/#3er> (21 de mayo de 2021).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 12 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 19 ss.

particularidad de que, además, respecto de las 20 preguntas de evaluación de riesgo, la norma aplicable no distinguía excepciones frente a tipos penales en los cuales no sería necesario su evaluación. Por caso, en los delitos permanentes que, por estar cometiéndose en el momento de denuncia, resultaría innecesario evaluar si la víctima padecerá un hecho violento puesto que se está cometiendo y no ha cesado. Ello redundaba en que, en la práctica, por instrucción normativa, se utilizaba un mismo protocolo de denuncia –cualquiera sea el tipo penal o contravención involucrada– y, además, se debía medir el riesgo en todos los casos, aun cuando ello es innecesario, por caso, los delitos permanentes. En resumidas cuentas, se sometía a las mujeres a un protocolo que, en los hechos, implica responder preguntas innecesarias cuyas respuestas, además, no se ven reflejadas en el acta de denuncia que impulsa el proceso.

A modo de ejemplo, la investigación ha podido constatar que, respecto de las denuncias identificadas en el Primer Informe de Avance de investigación⁵⁰, en el 73% de aquellas, las preguntas y respuestas no formaban parte del cuerpo de la denuncia escrita, quedando la información alojada, únicamente, en un formulario denominado VG/VD, el cual es un campo interno del sistema informático denominado «Kiwi»⁵¹. Ello, desde luego, despertó una alerta, puesto que llevar adelante una investigación eficiente depende, en gran medida, de que en el mismo cuerpo de acta de denuncia se plasmen todos los datos inherentes al ilícito y, también, al contexto de violencia. De lo contrario, la información resulta parcial y disponible solo para algunos operadores. Por ejemplo, no resulta disponible para los abogados ni para los jueces que no utilizan ni tienen acceso al sistema interno que utiliza el Ministerio Público Fiscal.

Respecto a la intimación del hecho, se constató que en el 81% de las denuncias analizadas se tomaban medidas de investigación de modo previo a la imputación y citación de la persona denunciada⁵². Y requerir ese tipo de información suponía solicitar la intervención de, al menos, 15 organismos públicos. En promedio, el primer pedido de información tenía lugar luego de 25 días corridos, contados desde que el hecho era denunciado. Por otra parte, también se ha podido advertir que la intervención previa de los órganos estatales provocaba la paralización del caso, en tanto su continuidad estaba condicionada a la efectiva producción de la totalidad de las respuestas que eran requeridas, provocando una extensa demora en la tramitación del caso.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 12-15.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 10-24.

⁵² Ver el Primer informe, publicado en enero de 2019, pp. 10-24, disponible en <https://ialab.com.ar/informes-genero/> (21 de mayo de 2021).

En resumidas cuentas, desde la recepción de la denuncia, hasta el paso procesal de archivo o de intimación del hecho⁵³, transcurría un extenso tiempo. En promedio, 195 días corridos.

Siendo ello así, las acciones o pasos a seguir tuvieron como resultado una primera conclusión: que el mejoramiento del proceso no se ceñía, únicamente, a la implementación de técnicas de inteligencia artificial, sino que, además, era necesario desplegar acciones que involucraron decisiones estratégicas por parte del órgano. Con ello se realizó un árbol de decisión y se automatizaron los documentos. Desde luego, todo ese proceso resulta ser explicable y trazable y permite que el operador siempre tome la intervención para corregir, modificar o desechar todo aquello que no se adecúa al caso en concreto pues, en definitiva, se trata de un documento en formato de Word.

4. DETECCIÓN INTELIGENTE. EL CASO DE I-MAP

La desigualdad de oportunidades laborales tiene de las más variadas aristas. Una de ellas, sin duda, se relaciona con las mujeres, cuando la discriminación resulta ser la consecuencia directa del ejercicio de violencia de género. En estos casos, puede decirse que es cuando cobra mayor protagonismo la conocida metáfora del *techo de cristal*⁵⁴. Ella es utilizada para hacer referencia a la existencia de barreras no visibles, que derivan de normas no escritas pero que, aun así, están latentes y presentes para impedir el pleno desarrollo laboral de las mujeres a lo largo de su vida profesional, impidiéndole concretamente ejercer cargos de liderazgo.

Además, este tipo de discriminación resulta ser transversal y comprende tanto al sector público, como al privado. En concreto, se trata de no permitir que la mujer acceda a cargos de jerarquía, por el simple hecho de ser mujer. Tal conducta se basa en comportamientos aprendidos y replicados, que tienen su origen en la histórica asignación de roles según el género y en el convencimiento o falsa creencia de que el hombre ostenta condiciones innatas para hacerse cargo de funciones de liderazgo, las cuales no están presentes en las mujeres⁵⁵.

En tal contexto, visibilizar la participación de las mujeres en los distintos espacios laborales es también posible a partir del uso de la IA. Y

⁵³ En el 54% de las denuncias analizadas, el denunciado no fue intimado de los hechos que se le imputan. Sin perjuicio de ello, es dable mencionar que en algunos casos el denunciado no ha sido notificado fehacientemente atento a que no se ha podido dar con su paradero.

⁵⁴ MACCHIAVELLI, M.^a N.; «La igualdad de género no es negocio», *Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Núm. 250, *Derecho Público Integral*, publicado el 2 de diciembre de 2019, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/11/Doctrina-Constitucional-02-12.docx-1.pdf> (21 de mayo de 2021).

⁵⁵ *Ibidem*.

un ejemplo de ello es el desarrollo inteligente denominado I-Map, el cual fue creado con un objetivo concreto: visibilizar en tiempo real, la representación de las mujeres dentro del sector público⁵⁶.

Desde luego que ello es posible hacerlo mediante el procesamiento de datos de modo tradicional. Es decir, a partir de la confección manual de estadísticas. Por ejemplo, el mapa de género de la Corte Suprema de la Nación Argentina, el cual, año a año, da a conocer la representación de las mujeres dentro del Poder Judicial⁵⁷. Sin embargo, las dos grandes diferencias que el uso de la IA viene aportar son: la velocidad del procesamiento y sus resultados visibles en tiempo real.

En efecto, el caso de I-Map en ejemplo es pionero por crear el primer mapa de género inteligente, gratuito y de libre consulta para la sociedad⁵⁸, capaz de diseccionar al instante, información relevante sobre los cargos que ostentan las mujeres dentro del sector público. El proyecto actualmente consta de tres etapas y ha sido creado para que, finalizadas las mismas, sea capaz de medir la representación de las mujeres dentro de todo el sector público y no solo al Poder Judicial. Por otro lado, y como se dijo, lo que permite el uso de la IA es poder procesar la información pública disponible en tiempo real, lo que le permite a la sociedad y al sector público, por ejemplo, exigir o tomar acciones correctivas a partir del uso de información actualizada.

Para ello, I-Map utiliza técnicas de detección de patrones en forma inteligente mediante formato chatbot, programado para buscar, procesar y ordenar la información pública disponible de los tres poderes del Estado. Conviene señalar que, si bien la información de la cual se nutre comprende solo a un Estado local, el de la Ciudad de Buenos Aires, puede ser replicado para diferentes provincias o países, pues solo requiere poder nutrirse de datos accesibles.

En resumidas cuentas, I-Map es también un ejemplo de cómo la IA puede colaborar y ser una herramienta estratégica para combatir decisiones basadas en estereotipos de género.

Si asumimos que, desde siempre, la información resulta ser un elemento valioso necesario para exigir el respeto de los derechos humanos, mucho más lo será si, además, aquella es obtenida de manera rápida, sencilla y gratuita, gracias al uso de tecnologías inteligentes.

⁵⁶ <http://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/llego-i-map-el-primer-mapa-de-genero-inteligente-disponible-en-la-argentina/> (21 de mayo de 2021).

⁵⁷ <https://om.csjn.gov.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html> (21 de mayo de 2021).

⁵⁸ <https://ialab.com.ar/i-map/> (21 de mayo de 2021).

5. CONCLUSIONES

Se ha intentado recorrer un camino tras un objetivo concreto: conectar puntos posibles de encuentro entre la IA con el flagelo de la violencia de género.

A partir de desmenuzar las diferentes técnicas, se ha mostrado que, en primer lugar, se debe seleccionar la técnica inteligente que mejor se adapte al objetivo propuesto, confeccionado para ello un traje o vestido a su medida.

En segundo lugar, se ha mostrado que, cualquiera sea la técnica seleccionada o que mejor se adapte al objetivo, se trata de un proceso complejo donde, la conformación de equipos multidisciplinarios y, la gobernanza de datos, se presentan como un elemento básico necesario para la creación del desarrollo esperado.

En tercer lugar, a partir de la selección de ejemplos puntuales, se ha podido colocar en blanco sobre negro de qué manera el uso de la IA puede resultar útil para abordar la violencia de género que, como se explicara, debiera priorizarse e implementarse de modo preferente a fin de proteger a las mujeres víctimas.

En tal sentido, creo que se ha logrado mostrar que, aplicando técnicas simples de IA, es posible optimizar tanto un proceso judicial desde el mismo momento de la denuncia como, también, se puede procesar rápidamente información que posibilite evaluar el verdadero acceso y posibilidades laborales de las mujeres. Desde luego, todos los procesos mostrados pueden escalarse y son factibles de ser explorados aún más. Pero, en definitiva, más allá de estos, de lo que se trata, es de marcar la importancia de visualizar ejemplos concretos para desvirtuar falsas creencias sobre la imposibilidad de conectar puntos de encuentro entre la IA y temas sensibles como la violencia de género.

La clave, en cualquier caso –y hasta tanto no sea posible avanzar y profundizar con la explicación del resultado y de mitigar ciertos aspectos del aprendizaje profundo– pasa por no descartar todo el abanico de soluciones inteligentes disponibles. La violencia hacia las mujeres es un enemigo social que se retroalimenta día tras día, por lo que el uso de la IA no depende más que de una toma de decisión con un objetivo concreto: coadyuvar a erradicarla, valiéndonos para ello de una socia estratégica: la IA.

El liberalismo de Nozick frente al dilema de la omisión

Nozick's liberalism against the omission dilemma

Por JAVIER MARTÍN-LANAS
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

El artículo expone las limitaciones que el liberalismo de Nozick presenta para sancionar ciertas conductas omisivas. Los postulados de su obra «Anarquía, Estado y utopía» fundamentan una concepción negativa de la libertad y, en consecuencia, asientan los pilares de un «Estado mínimo» que protege a sus ciudadanos, esencialmente, contra las agresiones de terceros. De esta forma, el texto expone que dichos postulados permiten la imposición de prohibiciones, pero no tanto de obligaciones (normas de mandato o «normas de hacer»). Se vislumbra de este modo que el liberalismo nozickiano adolece de obstáculos teóricos para sancionar algunas conductas omisivas que ocasionan o permiten peligros y resultados especialmente graves.

Palabras clave: Nozick, liberalismo, omisión, libertad negativa, libertad positiva, libertarianismo.

ABSTRACT

The article exposes Nozick's liberalism limitations to punish certain omissions. It will be observed that the postulates of his work, «Anarchy, State and Utopia», underpin a negative conception of liberty. Consequently, the only legitimate State is a «minimal State» that protects its citizens, essen-

tially, against the aggressions from others. In this way, the text exposes that such premises allow for the imposition of prohibitions, but not so much for obligations (mandatory norms). Therefore, it is envisioned that Nozick's liberalism suffers from theoretical obstacles to penalize some omissions that allow particularly serious dangers and results.

Keywords: Nozick, liberalism, omission, negative liberty, positive liberty, libertarianism.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. – 2. OMISIÓN. 2.1 *Apreciaciones conceptuales*. 2.2 *Omisión pura y comisión por omisión*. – 3. EL LIBERALISMO DE NOZICK. 3.1 *Concepción de la libertad*. 3.2 *Alcance y justificación del «Estado mínimo»*. – 4. CONFRONTACIÓN DEL LIBERALISMO NOZICKIANO CON LA REPROCHABILIDAD DE LA OMISIÓN PURA Y DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN. 4.1 *Cuestiones preliminares*. 4.2 *El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de comisión por omisión*. 4.3 *El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de omisión pura*. 4.4 *La alusión a los «horrores morales catastróficos»*. 4.5 *Conclusiones*.

SUMMARY: 1. STATEMENT OF THE ISSUE. – 2. OMISSION. 2.1 *Conceptual appreciations*. 2.2 *Duty to act and commission by omission*. – 3. NOZICK'S LIBERALISM. 3.1 *Freedom concept*. 3.2 *Scope and justification of the «Minimal State»*. – 4. NOZICK'S LIBERALISM AGAINST DUTY TO ACT AND COMMISSION BY OMISSION. 4.1 *Preliminary issues*. 4.2 *Nozick's liberalism against commission by omission*. 4.3 *Nozick's liberalism against duty to act*. 4.4 *The allusion to «catastrophic moral horror»*. 4.5 *Conclusions*.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Podría afirmarse, aunque de un modo peligrosamente preliminar, que el liberalismo político acoge de buen grado la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: «Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»¹. La comunión entre la premisa anterior y los postulados libe-

¹ KANT, I.; *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Rodríguez Aramayo, R., trad.), Madrid, Alianza, 2002 (2.^a ed.), p. 139 (obra original publicada en 1785). No obstante, muchos de los autores tradicionalmente catalogados como liberales no fundamentan sus tesis en una conformidad con el imperativo kantiano –ni tampoco en hipotéticos derechos naturales–, sino que sus alegatos en favor de la autonomía individual se supeditan a la maximización del bienestar general de los indivi-

rales puede observarse, entre otros lugares, en la obra de Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*². En ella, el filósofo estadounidense abraza a la noción kantiana para robustecer su defensa de la autonomía individual y, accesoriamente, para retratar posiciones utilitaristas. A este último fin responde el siguiente extracto:

«Cada uno de nosotros, individualmente, escogemos, algunas veces, padecer algún dolor o un sacrificio para obtener un beneficio mayor o para evitar un daño más grande: vamos al dentista para evitar, a la postre, un sufrimiento peor; [...] ¿Por qué no sostener, de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar algunos costos que beneficien a otras personas en razón de un bien social superior? Sin embargo, no hay ninguna entidad social con un bien, la cual soporte algún sacrificio por su propio beneficio. Hay sólo personas individuales [...] con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. Nada más»³.

De tal forma, si un individuo no puede ser usado como un medio para satisfacer los intereses de otros, la fórmula utilitarista queda invalidada. Las pretensiones de terceros –declararía Nozick–, por elevadas

duos. Parece acertado entonces referirse a esta línea como «liberal utilitarista»: en ella el liberalismo se torna justo por erigirse el medio más adecuado para la consecución del fin. En esta vertiente se hallarían, entre otros, Adam Smith, John Stuart Mill (cfr. Vergara, F.; *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*, París, La Découverte, 1992) e incluso, en virtud de muchos de sus razonamientos, Ludwig von Mises (Vid. Mises, L.; *Liberalismo* (Reig Albiol, J., trad.), Madrid, Unión Editorial, 1975 [obra original publicada en 1927]).

² NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, Londres, Innisfree, 2014 (obra original publicada en 1974).

³ *Ibidem*, p. 44. Nozick descarta eventuales interpretaciones –erróneas, a su juicio– del imperativo categórico y concluye citando directamente al pensador alemán: «[...] the one he [Kant] actually used: «Act in such a way that you always treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never simply as a means, but always at the same time as an end.»» (Nozick, R.; *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 32). La traducción al inglés de la que Nozick se vale opta por el verbo *treat* (en lugar de, por ejemplo, *use*) para reflejar el verbo alemán *brauchen* que Kant escribió (conjugado como *brauchest*) en la obra original: «Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel *brauchest*» (Kant, I.; *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, 4:429) [cursiva añadida]. La cuestión, quizá menor, radica en que la exhortación «*treat* humanity» no alberga la connotación de aprovechamiento (empleabilidad, uso) que contiene el infinitivo *brauchen*. La expresión «*use* humanity» (o «*usar* a la humanidad») parece más fiel, y por ella optan tanto la traducción al inglés a cargo de Mary Gregor (Kant, I.; *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 38) como la española de Roberto Rodríguez Aramayo, expuesta en el cuerpo del texto. En el original *Anarchy, State and Utopia*, Nozick cita la traducción de Kant realizada por H. J. Paton, de 1948 (aunque Nozick reporta dicha traducción al año 1956, por lo que muy probablemente él se refiera a una reedición o revisión a la cual nosotros no hemos logrado acceder).

que sean, no justifican el menoscabo, por ínfimo que resulte, de un derecho individual.

De este bosquejo se deduce una tendencia que late dentro de la heterogénea corriente liberal: la primacía concedida a la libertad del individuo frente a las demandas provenientes del resto. Esta contemplación atomista –en términos de Taylor⁴– de la sociedad, conduce a la prohibición de utilizar a otros (de agredirlos, de sacrificarlos) en beneficio propio. Ahora bien, en nuestro discurso inspeccionaremos la máxima desde el ángulo opuesto: si nadie puede agredir (sacrificar, utilizar) a otro, tampoco nadie se encuentra obligado a actuar (a sacrificarse) en beneficio ajeno.

Jakobs interpreta de forma similar el argumento de Locke sobre el derecho de propiedad⁵. Efectivamente, si, como entendía el inglés, uno es dueño o responsable de las alteraciones provechosas que realiza en la naturaleza, «este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo»⁶. En virtud de ello, uno merecería tanto el premio por su propio trabajo como el castigo por las acciones dañinas que despliegue. En cambio, quien nada hace, nada merece, ni positivo (recompensa) ni negativo (castigo). Por tanto, para sancionar a quien, cruzado de brazos, no presta la ayuda necesaria, habrá que aducir, si acaso, argumentos distintos.

Se vislumbra entonces que, dentro del esquema liberal, algunas prohibiciones (¡no agredas al otro!) quedarían justificadas y, en consecuencia, también las sanciones previstas para quienes las infrinjan. De otro lado, en cambio, determinados mandatos (¡ayuda al otro!, ¡sacrifícate por él!) tendrían una difícil cabida en el plano *jurídico* –quizá sí en un plano ético– y, por ende, también las sanciones dirigidas hacia quienes los incumplan⁷. ¿Por qué obligar a un individuo a salvar la

⁴ Vid. TAYLOR, C.; *Hegel and Modern Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁵ La justificación de Locke, notablemente influyente en el liberalismo posterior, es la siguiente: «[respecto del individuo] El trabajo de su cuerpo y la labor producida con sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que [el individuo] modifica con su labor y añade algo a ella que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya» (Locke, J.; *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* [Mellizo, C., trad.], Madrid, Tecnos, 2010, p. 34).

⁶ JAKOBS, G.; «La imputación penal de la acción y de la omisión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 49, fasc. III, 1996, p. 836.

⁷ Resulta tentador vincular las infracciones de prohibiciones con acciones y las vulneraciones de mandatos con omisiones, tal vez porque la distinción encaja con la mayoría de situaciones observadas o imaginadas. Sin embargo, la prohibición de agredir al otro puede transgredirse apuñalándolo (acción) o, también, eludiendo la vigilancia que se tiene sobre un fuego (omisión) y permitiendo que se descontrola. Inversamente, el eventual mandato de socorrer al otro puede infringirse mediante una conducta pasiva, como la de permanecer dentro de una canoa observando cómo otro individuo se ahoga a pocos metros (omisión), o mediante una conducta activa, como la de remar y alejarse (acción) si el sujeto en apuros trata de alcanzar la canoa para salvarse (este último ejemplo se basa en el ofrecido por Dopico Gómez-Aller, J.; *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 817).

vida de otro?, ¿con qué fundamentos castigarlo por haberse detenido a contemplar una muerte que habría podido evitar?

Hasta aquí la aproximación es meramente intuitiva y necesita de un análisis más concienzudo de, al menos, dos de las categorías conceptuales esbozadas: liberalismo político y omisión. El «liberalismo político» dista de ser unívoco y abarca en su etiqueta un extenso abanico de corrientes. Las más radicales, libertarias o anarcolibertarias, recelan de la legitimidad del Estado –por mínimas que sean las funciones que se le atribuyan–, toda vez que su existencia amenaza la integridad de algunos derechos individuales⁸. En cambio, otras posiciones liberales más expansivas legitiman al Estado y, además, consideran su presencia como un requisito indispensable para que los derechos individuales –y también algunos colectivos– se hallen debidamente protegidos⁹.

En el artículo nos centraremos en el liberalismo defendido por Nozick y su apuesta por el «Estado mínimo»¹⁰. Primeramente, porque su obra, *Anarquía, Estado y utopía*, es una de las aportaciones más influyentes y formalmente sólidas del pensamiento liberal contemporáneo. En segundo lugar, porque si se lograra dictaminar que el liberalismo nozickiano presenta obstáculos insalvables para sancionar ciertas conductas, podría concluirse que los liberalismos más extremos presentarían, cuando menos, las mismas dificultades.

El segundo concepto, el de «omisión», se desglosará en el segundo apartado. Ahora bien, atenderemos únicamente a las conductas omisivas que permiten (u ocasionan, en sentido amplio) el peligro o lesión

⁸ En este espectro libertario situamos, por ejemplo, a los estadounidenses anarcoindividualistas Murray Rothbard o David Friedman, y excluimos a aquellos pensadores anarquistas de corte colectivista o mutualista (piénsese en los europeos Proudhon, Bakunin o Kropotkin), para quienes el Estado resulta igualmente aborrecible, pero no por coaccionar a los ciudadanos a la realización de acciones de ayuda mutua, sino por representar los «intereses de ciertos individuos y de ciertas clases»: las dominantes (Cappelletti, A. J.; *La ideología anarquista*, Barcelona, Laia, 1985, pp. 22-23).

⁹ En este flanco despunta el liberalismo igualitario defendido por John Rawls, cuya visión del Estado, especialmente en cuanto a su carácter redistributivo, se ve replicada por Nozick en la segunda parte de su obra. Asimismo, en un sentido más amplio del término liberal se enmarcan otros destacados autores, como Dworkin o algunos próximos a un «republicanismo liberal», esfera en la que encajan Cass Sunstein o Frank Michelman (cfr. Gargarella, R.; *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 162). También, aunque la afirmación detonaría un espinoso debate, podrían situarse en alguna parcela del liberalismo los pensadores comunitaristas (Walzer, Taylor o Sandel, entre otros); en este sentido «es difícil trazar una línea tajante que separe a los representantes de ambos lados de la contienda [liberales y comunitarios] porque la mayoría de sus representantes compartirían como irrenunciables ciertos supuestos: la necesidad de una fundamentación intersubjetiva de una moralidad culturalmente compartida, el reconocimiento de los derechos humanos, una mejor y más justa distribución de los bienes, etc.» (BENEDICTO RODRÍGUEZ, R.; «Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado», *Studium: Revista de Humanidades*, n.º 16, 2010, p. 205).

¹⁰ De ahí que esta corriente sea habitualmente señalada como liberalismo *minarquista*.

de bienes especialmente graves para los seres humanos. Estos bienes son, fundamentalmente, la vida y la integridad física. Una omisión así perfilada se correspondería, entre otros ejemplos, con el de un sende-rista que en mitad de su camino encuentra a otra persona desangrándose, pero, en lugar de socorrerla, omite el auxilio y continúa su trayecto. Al focalizar así el asunto se logra un beneficio argumental: si el liberalismo –desde el defendido por Nozick hasta el más radical– no posee fundamentos para exigir ciertas conductas encaminadas a revertir peligros y daños graves, ¿por qué exigiría, *ceteris paribus*, aquellas dirigidas a revertir peligros y daños leves?¹¹

2. OMISIÓN

2.1 Apreciaciones conceptuales

El Derecho penal se ha visto impelido a fundamentar la imputación de sujetos que permiten (sin actuar, propiamente) la lesión grave de bienes jurídicos protegidos y, a raíz de ello, su doctrina ha reflexionado largamente sobre la acción y la omisión¹². No profundizaremos aquí en las distintas teorías sobre ambos conceptos; tan solo esgrimirémos tres apreciaciones para preludear lo que se razonará con posterioridad.

En primer lugar, una omisión –al contrario que una acción– no posee contenido autónomo¹³. Por contenido autónomo nos referimos al sustrato material, cinético o mecánico, que nutre y define la conducta acaecida. Así, por ejemplo, la acción «X ha asestado una puñalada» queda materialmente descrita en la frase. A la pregunta «¿Qué

¹¹ Véase con un ejemplo lo que podría ocurrir si se juzgara una omisión que permitiera resultados leves: X tiene un ligero dolor en la muela, pide a Z que lo lleve al dentista y Z se niega (omisión). Efectivamente, Z discutiría que el ligero dolor de X merezca, en términos absolutos, una mayor consideración que el valor de su tiempo o de su libertad de circulación. Ahora bien, si X estuviera muriéndose y pidiera a Z que lo llevara al hospital, este no podría alegar una similar jerarquía de derechos pero, quizá, sí se vería eximido por otros argumentos de índole liberal. Solo estos pretendemos escudriñar. La cuestión de la jerarquía puede verse, entre otros lugares, en Nino, C. S.; *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 199-236 y pp. 267-269.

¹² Algunas obras accesibles a no especialistas en la rama son las siguientes: LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho penal. Parte general, I*, Madrid, 1996 (5.ª reimpr., 2007), Universitas, pp. 245-273; MIR PUIG, S.; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 1984 (10.ª ed., 2016), pp. 185-199; o, también, Vid. MARINUCI, G.; *El delito como acción*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

¹³ En esta línea se expresa Luzón: «La acción base de la omisión (sea esta un delito o no) no es la no realización de una determinada conducta, es decir, *algo inexistente, no efectuado*, sino precisamente la conducta [...] realizada» (LUZÓN PEÑA, D. M.; *Op. cit.*, p. 269) [cursiva añadida].

ha hecho X?» se contestaría con facilidad: «X ha asestado una puñalada». En cambio, la omisión no se define por sí misma, sino que su sentido pende de la acción a la que se apareje. Así, la frase «X no ha socorrido a un moribundo» cobra significancia en virtud de la acción que ha descartado llevar a cabo (socorrer). Ante la pregunta «¿Qué ha hecho X?» podríamos replicar «X no ha socorrido», pero la respuesta no reflejaría lo que materialmente sucedió. Para plasmarlo debéremos, necesariamente, valernos de la acción (distinta a socorrer) que materialmente hubiera ejecutado: «X se ha detenido y ha mirado al moribundo» o «X ha continuado caminando». Ahora bien, en el debate en torno al reproche de la conducta, la acción que hubiera realizado el sujeto (fuera cual fuera) distinta a la requerida (socorrer) resulta indiferente.

Segunda apreciación: la omisión, al no poseer contenido autónomo, existe únicamente en la medida en que un ser pensante imagina una acción que podría haber ocurrido y que no ocurrió. Véase así: si a los seres humanos se nos extirpara nuestra capacidad para imaginar, nunca concebiríamos nada diferente de lo ocurrido materialmente; no podríamos decir, por ejemplo, que «X no ha socorrido a Y», puesto que para ello deberíamos imaginar a X socorriendo, cosa imposible según la hipótesis, para después cotejar la diferencia entre la acción imaginada (socorrer) y la que efectivamente realizó. Sí podríamos afirmar, en cambio, que «X ha golpeado a Y». Es, entonces, la facultad de elucubrar expectativas la que nos permite hablar de omisiones. Ahora bien, un elemento que solo existe en la mente de quien lo piensa no puede alterar el mundo físico. La materia se modifica solo mediante relaciones positivas. Bajo estas coordenadas se calibra el siguiente argumento de Nino:

«[...] el problema de la causalidad en la omisión no reside en que esta consista en un hecho negativo. La idea de que un hecho negativo no puede ser causa de nada deriva de una concepción equivocada de los factores causales como «fuerzas motoras», [...] basta señalar que en la vida cotidiana es perfectamente natural e inteligible mencionar uno de tales hechos como causa de un evento, como cuando decidimos que *la falta de lluvias fue la causa de que se perdiera la cosecha*»¹⁴.

La frase resaltada aparenta que un hecho negativo (falta de lluvias) produce otro positivo (pérdida de la cosecha). Sin embargo, lo que se vinculan son, precisamente, dos hechos negativos: «(1) No llueve,

¹⁴ NINO, C. S.; *Op. cit.*, p. 327. El pasaje se ubica tras un repaso que el autor argentino dirige (*ib.*, pp. 320-326) a la propuesta radical de Glover para equiparar moralmente acciones y omisiones (cfr. Glover, J.; *Causing Death and Saving Lives*, Londres, Penguin Books, 1977). Este último autor firma otra aportación en una dirección similar: Glover, J., Scott-Taggart, M. J.; «It makes no difference whether or not I do it», *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 49, 1975, pp. 171-209.

luego (2) No hay cosecha», que es equivalente a decir: «(1) X no ha apuñalado a Y, luego (2) Y no ha muerto». El significado no varía aun tornando el segundo hecho de negativo a positivo: «(1) X no ha apuñalado a Y, luego (2) Y sigue vivo». Parece osado deducir aquí una relación causal en sentido físico. Aunque la expresión resulte lingüísticamente correcta, la causa material de que Y continúe vivo no radica en el comportamiento de X (no apuñalar), sino, estrictamente, en que ingiere nutrientes, respira, bombea sangre a sus órganos vitales, etcétera. La omisión de una acción (o la ausencia de un hecho) no altera *mecánicamente* la realidad¹⁵. Esta conclusión puede contribuir a advertir por qué la valoración de omisiones comporta más dificultades que la de acciones; ahora bien, de ella no se desprende, como señalaba Nino, que la norma deba interpretarse a la luz de una concepción causal restringida al ámbito físico-mecánico. Si se tomara esta noción –si por «matar» entendiéramos siempre «matar en sentido *físico-mecánico*–, ciertamente se enterraría buena parte del problema sobre las omisiones, pero al precio de dejar impunes conductas indiscutidamente censurables. Así, como indica Dopico Gómez-Aller, «el Derecho español entiende que una omisión puede «causar» daños, en el sentido de «irrogarlos» (no, obviamente, en un sentido mecánico)»¹⁶. En esta línea, «los verbos típicos «matar», «causar», etc., no impiden la subsunción de omisiones»¹⁷.

Aislando lo anterior, brota la evidencia de que las personas podríamos desplegar infinitos comportamientos en beneficio de otros. Por lo tanto, un ordenamiento jurídico podría incluir infinitas y concretas obligaciones de asistencia mutua. En el primer apartado se ha adelantado que solo valoraremos aquellas encaminadas a paliar peligros y resultados graves, es decir, aquellas que recaigan en la vida o integridad física de las personas. Pues bien, a su vez, consideraremos solo las orientadas a menguar peligros o daños graves *en terceros*, excluyendo las enfocadas a disminuir los peligros o daños en *uno mismo*. Tanto el conductor que elige no abrocharse el cinturón como el paciente que decide no tomarse las pastillas recetadas se ven amparados por los fundamentos liberales. Las obligaciones de actuar en beneficio propio emanan del paternalismo, el cual Nozick rechaza de forma expresa: «Mi posición no paternalista sostiene que

¹⁵ Procede, a nuestro juicio, hablar de *omisión* de una *acción*, pero cuando lo imaginado y no ocurrido es un *hecho*, creemos preferible hablar de *ausencia*. Así, por ejemplo, si no ha llovido y los campos se han secado, se antoja extraño utilizar expresiones como «*omisión* de lluvia» u otras análogas. La omisión, o, dígase más concretamente, la capacidad para elegir una acción y omitir otras, solo es predicable de los seres vivos con capacidad volitiva, esto es, de los humanos y, a lo sumo, de algunos otros animales. En definitiva, las parejas de términos serían estas: *acción-omisión* (cuando intervenga un ser con capacidad volitiva) y *hecho-ausencia* (cuando no lo haga).

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; *Op. cit.*, p. 685.

¹⁷ *Ibidem*, p. 864.

alguno puede decidir (o permitir a otro) hacerse a sí mismo cualquier cosa, salvo que haya adquirido la obligación ante cualquier tercero de no hacerlo o no permitirlo»¹⁸.

2.2 Omisión pura y comisión por omisión

Las omisiones que confrontaremos con los esquemas de Nozick son figuras que, a tenor de la gravedad de sus resultados, pertenecen a la rama jurídico-penal¹⁹. De ella tomaremos las conclusiones y la terminología que permiten distinguir entre las dos tipologías de omisiones que trataremos, a saber: «omisión pura» y «comisión por omisión»²⁰.

De este modo, en los supuestos de omisión pura el sujeto se halla obligado a realizar una acción concreta (por ejemplo: socorrer), con independencia del resultado que posteriormente acontezca. Así se observa en el artículo 195.1 del Código penal español, que recoge la omisión del deber de socorro: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses»²¹. La mayoría de legislaciones extranjeras incluyen este delito de omisión pura y lo describen en términos similares²². De tal forma, el mandato se agota con la exhortación de soco-

¹⁸ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 67.

¹⁹ El contenido de este subapartado, en especial la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, no es más que un resumen (y simplificación) de lo discutido y obtenido por los penalistas, quienes se han ocupado de la cuestión con profundidad y detenimiento. Se sigue aquí, especialmente, la categorización realizada por Mir Puig (*Op. cit.*, p. 321 ss.). Véase también: Araúz Ulloa, I. M.; *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

²⁰ A la hora de referirse a la «omisión pura» y a la «comisión por omisión», algunos sectores de la doctrina jurídico-penal utilizan, respectivamente, las denominaciones «omisión propia» y «omisión impropia» (o, también, «omisión impura», aunque esta expresión parece más extendida en el idioma portugués). En este sentido, Mir Puig se decanta por evitar el uso de «omisión impropia» por el sentido singular que esta opción reviste en algunos autores (*Op. cit.*, p. 321).

²¹ La alusión del legislador a un «peligro manifiesto y grave» exige que el riesgo recaiga en la vida o en la integridad física. En Araúz Ulloa (*Op. cit.*, pp. 255 ss.) pueden observarse con detenimiento los requisitos de la situación típica.

²² Véase, a modo de ejemplo: «Quién [...] se abstenga voluntariamente de prestar a una persona en peligro la asistencia que, sin riesgo propio o de terceros, pudiera prestarle bien por su acción personal, bien demandando auxilio [...]» (art. 223.6, párrafo segundo, Código penal francés); «El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro [...]» (art. 131, Código penal colombiano). Para un cotejo más extenso, dejamos un listado de códigos o normas penales y añadimos (entre paréntesis) el número de artículo o sección donde se recoge el delito: España (195.1), Francia (223.6), Alemania (323.c), Portugal (200), Italia (593), Andorra (131), Suiza (128), Bélgica (422. bis), Luxemburgo (410.1), Holanda (450), Austria (95), Eslovenia (130), Croacia (123), Serbia (138), Bosnia Herzegovina (175), Montenegro (157), Bulgaria (139), Turquía (98), Rumanía (203), Hungría (166), Eslovaquia (177), República Checa (150), Polonia (162), Molda-

rrer, por lo que el castigo recaerá en quien incumpla tal obligación, aunque posteriormente la persona en peligro lograra, por otros medios, escapar de su situación de peligro; en cambio, no será castigado quien sí socorra, a pesar de que en su intento no consiguiera salvar a la persona del peligro que la cierne. Este supuesto prototípico contiene un aspecto nuclear en el debate con el liberalismo aquí tratado: la obligación se impone –mediante expresa previsión legal– indiscriminadamente a todos los ciudadanos, sin que haya mediado una asunción previa y voluntaria del deber. Y así, por ejemplo, también recae en toda la población el deber de impedir la comisión de delitos²³. Otros supuestos de omisión pura, como el delito de denegación de asistencia sanitaria o el de dejación en la persecución de delitos, en cambio, prescriben obligaciones en virtud de la naturaleza del cargo que ostenta el sujeto²⁴.

En lo relativo a la comisión por omisión, el deber exigido atiende, ahora, a la evitación de un resultado concreto. Tales supuestos pueden estar previstos expresamente por la ley²⁵, aunque la problemática más delicada responde a casos en los que la omisión se imbrica en figuras delictivas que se cometen, también y en la mayoría de ocasiones, mediante acciones concretas. Para asir ya esta idea, piénsese que tanto el padre que mate a su hija pequeña estrangulándola como aquel que deje de alimentarla durante un tiempo prolongado cometen un delito de homicidio (este segundo sujeto, en comisión por omisión). Compete dirimir, entonces, la razón por la cual, en situaciones dadas, algunos sujetos soportan la obligación específica de evitar un determinado resultado²⁶. La dogmática jurídico-penal expone para ello el concepto de *posición de garante*, posición en la que se hallaría un sujeto que, o bien cuenta con una función de protección del bien jurídico afectado, o bien ostenta una función personal de control de una fuente de peli-

via (163), Ucrania (136), Bielorrusia (159), Letonia (141), Estonia (124), Armenia (128), Georgia (129), Mongolia (107.1), China (261), Liechtenstein (95), Dinamarca (253), Finlandia (*Chapter 21, Section 15* de la norma *Neglect of rescue 578/1995*), Noruega (287), Islandia (221), México (340), Guatemala (156), El Salvador (175), Honduras (397.1), Nicaragua (160), Costa Rica (144), Panamá (146), Cuba (277), Colombia (131), Venezuela (440), Surinam (530), Brasil (135), Uruguay (332), Argentina (108), Chile (494.14), Perú (127), Ecuador (604.36), Paraguay (117).

²³ Art. 450 CP: «El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiera la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado [...]».

²⁴ Art. 408 CP: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos [...]». Art 196 CP: «El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios [...]».

²⁵ Así, el artículo 385, 2.º CP castiga a quien «... originare un grave riesgo para la circulación [...] no restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo». Vid. Mir Puig, S.; *Op. cit.*, p. 322.

²⁶ En el ejemplo de la niña que muere por inanición, no podrá imputarse un delito de homicidio (tal vez sí de omisión del deber de socorro) al vecino que, a pesar de ser consciente de la situación de necesidad, no hace lo posible por revertirla.

gro²⁷. La función de protección del bien jurídico se desglosaría, a su vez, en tres modalidades. Una apunta a la existencia de una estrecha relación familiar (o cuasifamiliar) bajo la cual las condiciones de vida de una persona dependen o han sido asumidas por otra. Cabría aquí el mencionado ejemplo de los padres (garantes) que desatienden a sus hijos; si bien podrían incluirse otras responsabilidades, como la que infringirían los hijos (garantes) que descuidan las necesidades vitales de sus padres ancianos, o, dada la situación de dependencia, las responsabilidades entre cónyuges, hermanos o personas especialmente vinculadas entre sí. Fuera del marco familiar o cuasifamiliar, otra modalidad de responsabilidad especial es la que se deriva de las asunciones voluntarias de la función de protección, generalmente arrojadas mediante contrato. Es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad del profesor de natación (garante) respecto de sus alumnos. La tercera modalidad la conformaría la *comunidad de peligro*, es decir, una asociación voluntaria de personas encaminada a la realización conjunta de una actividad peligrosa. Estas personas estarían «tácitamente obligadas a, en su caso, socorrerse entre sí (así, p. ej., una expedición alpina)»²⁸, y serían garantes las unas de las otras.

Respecto de la segunda categoría en cuanto a la posición de garante –función personal de control de una fuente de peligro–, puede también dividirse en dos casuísticas: *i*) la actuación precedente y *ii*) el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio²⁹. De esta forma, y fiel al orden anterior, adquirirían la posición de garante los sujetos de estos dos ejemplos: *i*) en una acampada nocturna, A enciende una hoguera, el fuego se descontrola y él huye mientras las llamas cercan las tiendas de campaña donde el resto duerme³⁰; *ii*) B sale a la calle con su perro y, al no haberlo atado debidamente, el animal se zafa de la correa y ataca a un peatón.

En numerosos supuestos, la distinción entre omisión pura y comisión por omisión cobra relevancia, a efectos prácticos, en la desigual magnitud de las penas. Así, el sujeto (garante) culpable de un delito en comisión por omisión soportará la misma pena que si

²⁷ Quien desee profundizar en esta y otras cuestiones puede acudir al trabajo del profesor Dopico Gómez-Aller (*op. cit.*), uno de los más completos y minuciosos sobre la temática.

²⁸ MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, p. 322.

²⁹ Hemos eludido, en aras de simplificar, una tercera modalidad que Mir Puig incluye, indicada como la «responsabilidad por la conducta de otras personas», dado que podría quizá subsumirse en la segunda. Es decir, dentro del «deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio» podría incluirse la vigilancia de, además de máquinas o animales peligrosos, determinadas personas, como hijos o enfermos mentales, quienes serían, entonces, la *fuentes de peligro*.

³⁰ Los ejemplos en los que la omisión se produce tras una generación precedente del riesgo resultan, a veces, indistinguibles de aquellos en los que tan solo se considera una única acción. Obsérvese este de Jakobs: «el que lanza por los aires a un niño en broma [acción riesgosa] está también obligado a cogerlo de nuevo» (Jakobs, G.; *Op. cit.*, p. 845).

hubiera causado el resultado mediante acción. Es decir, la madre que no socorriera a su hija pequeña si esta se hallara en peligro será juzgada por homicidio doloso (o, de no consumarse la muerte, por el delito que corresponda), cuya pena (en el Código penal español: de diez a quince años de prisión) supera sensiblemente a la prevista para el delito de omisión del deber de socorro (en el caso español, ni siquiera es privativa de libertad). Este doble rasero parece concordar con una intuición ética: es menos reprochable dejar morir a una persona desconocida que permitir la muerte de aquella con la que se mantiene una especial vinculación.

3. EL LIBERALISMO DE NOZICK

Una consideración preliminar: el pensamiento de Robert Nozick suele adscribirse al liberalismo *conservador*. Sin embargo, esa etiqueta acarrea dos inseguridades. Por un lado, sugiere la salvaguarda de alguna moral tradicional (incluso, podría ser, teológica) que su doctrina desconoce³¹. Por otro, parece adecuarse a un contexto histórico pasado, el vigente durante el siglo XIX y principios del XX, en el cual algunos pensadores liberales abogaban por *conservar* los pilares de su doctrina frente a impulsos o reclamos intervencionistas³². Sin embargo, dado que hoy en día los Estados modernos de Occidente –tanto los europeos como los Estados Unidos de América– son mucho más intervencionistas de lo que Nozick desearía, ¿cuál es el objeto o las condiciones que el liberalismo así denominado anhela *conservar*? ¿Dirige Nozick su esfuerzo hacia conservar las instituciones estatales

³¹ Justamente la neutralidad frente a las distintas concepciones del bien resulta muchas veces reclamada por el pensamiento liberal. En esta línea se expresa Ackerman: «[El liberalismo no necesita] tomar una posición sobre una serie de grandes temas de carácter altamente controvertido» (Ackerman, B. A.; *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 361). Sandel recoge y cuestiona esta afirmación y, en el mismo sentido, refiriéndose a Rawls, Dworkin o Fried (autores más expansivos –al menos los dos primeros– en su noción de Estado que Nozick) dice lo siguiente: «Este liberalismo [...] se presenta como inmune a la mayoría de las controversias [...], especialmente con respecto a cuestiones de la naturaleza humana y del significado de la vida y del bien» (Sandel, M.; *El liberalismo y los límites de la justicia* [Luz Melón, M., trad.], Barcelona, Gedisa, 2000 [Obra original publicada en 1982], p. 24). Tras ello, Sandel (*Op. cit.*, p. 25 ss.) acusará a estos liberalismos de defender una particular e interesada –no neutral– concepción de la persona.

³² Cfr. RODRÍGUEZ GUERRA, R.; *El liberalismo conservador contemporáneo*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1998, pp. 56-64. El adjetivo *conservador*, a nuestro juicio, debe conjugarse con el objeto o condiciones que se pretendan conservar; de lo contrario, se pierde el referente. Una comunidad cristiana fundamentalista ubicada en la Europa actual será conservadora en tanto abogue por conservar ciertos valores o cierta cosmovisión antes dominante en su contexto geográfico. Ahora bien, la misma comunidad dentro de la URSS en la década de los sesenta, ¿en qué sentido sería conservadora?, ¿qué aspectos morales pretendería conservar?, ¿frente a qué amenazas?

mínimas frente a otras concepciones –anarcoindividualistas– que las amenazan? ¿O proyecta su ímpetu, más bien, hacia una abscisión de los tentáculos –según él– ilegítimos del Estado? No está acreditado que la primera contienda prevalezca sobre la segunda.

3.1 Concepción de la libertad

La noción de libertad defendida por Nozick es heredera del estado de naturaleza de Locke³³. De tal constructo, el filósofo estadounidense obtiene un *corpus* inicial que consta de las siguientes premisas secuenciales: (i) el derecho natural exige que nadie dañe a otro agrediendo su vida, salud, libertad o posesión; (ii) quienes agreden están invadiendo un derecho de otros; (iii) en respuesta, los sujetos pueden defenderse con la firmeza necesaria para evitar la agresión; (iv) los agredidos tienen también el derecho a retribuir (castigar) a los agresores de forma proporcional a la agresión recibida.

Se deriva entonces una concreta noción de libertad que obedece, fundamentalmente, al concepto que la doctrina filosófica suele denominar *libertad negativa*³⁴. La libertad, pues, para Nozick, consiste en el completo disfrute de derechos de no interferencia: derecho a *no ser agredido*, a *no ser robado*, a *no ser coaccionado* o a *no ser defraudado*. A tenor del párrafo anterior, en cambio, quedarían relegados los derechos asistenciales, «esto es, derechos a que otros me asistan en algunas necesidades básicas –derecho a que me provean lo que necesito para vivir–»³⁵. De tal manera, si A no proporcionara a B lo que este precisara, A no estaría violando ningún derecho de B. La violación se produciría si A agrediera activamente a B, si invadiera ilegítimamente su «espacio moral»³⁶.

De esta toma de posición en favor de la libertad negativa surgen las fricciones con el concepto de omisión. Una de las claves del asunto radica en que los derechos de no interferencia y los derechos asisten-

³³ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., pp. 23-38.

³⁴ Seguimos en este punto el análisis sobre Nozick efectuado por Gargarella (*Op. cit.*, pp. 45-67).

³⁵ GARGARELLA, R.; *Op. cit.*, p. 47. Los «derechos de no interferencia» y «derechos asistenciales» son denominados por la dogmática filosófica, a menudo y respectivamente, «derechos negativos» y «derechos positivos». No obstante, esta designación incorpora al concepto de derecho un atributo (negativo, positivo) que es predicable, propiamente, del contenido del deber. Así se concibe en Derecho penal: «Mientras los deberes negativos se basan en el *deber intersubjetivo de respeto* «*nemi-men laedere*», los deberes positivos hallan su fundamento en un *deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás*. Estos últimos, son, si se quiere, deberes de solidaridad» (Robles Planas, R.; «Deberes negativos y positivos en Derecho Penal», *Indret*, 2013, p. 3). De tal forma, para evitar confusiones, mantendremos la denominación «derechos de no interferencia» y «derechos asistenciales» para referirnos a los derechos a los que, en sentido genérico, alude la filosofía.

³⁶ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 65.

ciales se protegen con normas de orientación opuesta. Los primeros, los únicos legítimos para Nozick, se protegen mediante normas de prohibición. Por ejemplo, el derecho –llamémosle– a *no ser asesinado* se protege mediante la norma «prohibido matar»³⁷. Y, consecuentemente, un derecho de no interferencia se protegerá prohibiendo una *acción* concreta (matar, lesionar, robar, defraudar, etcétera). Y, en efecto, la forma general de incumplir la norma será, justamente, la realización de la conducta prohibida³⁸. Sin embargo, los derechos asistenciales se protegen mediante normas de mandato. Así, el derecho a –llamémosle– *ser socorrido* se garantizará mediante el mandato o norma imperativa siguiente: «obligatorio socorrer». Deductivamente, si para proteger un derecho asistencial debe exigirse una acción concreta (¡socorre!), el modo de incumplir la norma será *no* realizando la acción ordenada (y ejecutando otra cualquiera). O, lo que es lo mismo, *omitiendo* la acción exigida. De este entramado parece extraerse que, en ausencia de derechos asistenciales, no proceden normas de mandato.

Al hilo de esta inferencia, Nozick parece arrogarse dos victorias. La primera se ha advertido ya: su tesis, es decir, la legitimidad para prohibir acciones, pero no tanto para imponerlas, se le antoja fiel a la segunda formulación del imperativo categórico kantiano³⁹. La segunda ventaja es que, al menos teóricamente, el esquema parece maximizar el perímetro de la libertad individual. Piénsese, en este sentido, que la libertad de una persona estuviera compuesta por el catálogo de acciones que materialmente pudiera realizar. Estas acciones, en principio, serían ilimitadas, y podrían numerarse desde la primera, dígase «a», hasta la última, dígase «n». La máxima libertad, pues, constaría de la sucesión íntegra: {a, b, c, [...], n}. De tal forma, cuando la persona se encontrara constreñida por una norma de prohibición, una de sus acciones se deshabilitaría y su catálogo quedaría así: {a, b, c, [...], n}. Ahora bien, cuando la persona se hallara compelida por una norma de mandato, sus acciones disponibles se reducirían a una sola: {a, b, c, [...], n}. Quien tiene prohibida una acción puede realizar todas las demás; quien tiene obligada una acción, no puede realizar ninguna otra.

Encájese en lo dicho el principio liberal del pacto: los individuos, mediante la libre manifestación de sus voluntades, disponen de la

³⁷ La expresión «prohibido matar» surge de extraer sintéticamente el fin de la norma, cuya redacción técnica será evidentemente otra: «El que matare a otro será castigado [...]» (art. 138 CP).

³⁸ La norma prohibitiva se vulnerará, generalmente, mediante una acción concreta, aunque también, como ya se ha expuesto en lo referente a la comisión por omisión, puede vulnerarse mediante una omisión.

³⁹ «Las restricciones indirectas a la acción reflejan el principio kantiano subyacente de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables» (Nozick, R.; *Op. cit.*, p. 43).

opción de acordar entre sí cuanto deseen⁴⁰. Un primer resultado de ello se vincula con lo establecido hasta el momento sobre los derechos de no interferencia: son estos los únicos legítimos *en ausencia de pacto*. Es decir, no emanan de la libre disposición de las partes (A tiene prohibido agredir a B, aunque entre ambos no existiera un pacto de no agresión)⁴¹. La segunda consecuencia alude a que los derechos asistenciales son legítimos siempre que surjan del libre acuerdo entre las partes⁴². De ahí que dos (o más) personas puedan, en el ejercicio de su libertad, someterse a ciertas obligaciones. Véase un ejemplo tan sencillo como este: P (pintor) y Z (hostelero) alcanzan un acuerdo según el cual P se obliga a pintar el establecimiento de Z antes de una determinada fecha y Z se obliga a pagarle el precio estipulado. Mediante el pacto se han generado dos legítimas normas de mandato («¡pinta el establecimiento!», para P; «¡abona el precio!», para Z), las cuales se vulnerarían mediante dos omisiones concretas: «no pintar» y «no pagar». Se infiere entonces que el liberalismo expuesto sí tiene fundamentos para sancionar las vulneraciones de obligaciones surgidas de un pacto voluntario.

Percíbase que, todavía, las conclusiones obtenidas de la obra de Nozick no determinan que competa al Estado la tarea de proteger los derechos legítimos, ni que su intervención resulte más beneficiosa que la situación *natural* bajo la cual los individuos se imparten justicia los unos a los otros. De esta cuestión se ocupa el siguiente subapartado.

3.2 Alcance y justificación del «Estado mínimo»

A juicio de Nozick, la única configuración estatal que protegería eficaz y legítimamente a los individuos sería la de un «Estado mínimo» formado por, exclusivamente, las instituciones imprescindibles para asegurar los derechos de no interferencia y los derechos emanados de los contratos (ya sean estos derechos de no interferencia o asis-

⁴⁰ NOZICK (*ib.*, pp. 153-169) considera legítimo el pacto cuando ninguna de las partes ha ejercido coacción sobre la(s) otra(s). Por ejemplo: las condiciones pactadas entre dos personas, una rica y otra pobre, serán legítimas si la rica no ha coaccionado en algún sentido a la pobre, aunque aquella haya podido tomar ventaja de la situación de esta. Para Nozick, el pacto es justo porque recoge voluntades libres, no por lo equitativo de su contenido. Una réplica a este posicionamiento puede leerse en Sandel (*Op. cit.*, pp. 135-141).

⁴¹ Sería más riguroso decir que los derechos de no interferencia no emanan *necesariamente* de un pacto, puesto que de este podrían, también, surgir derechos de no interferencia añadidos, esto es, prohibiciones que los miembros del acuerdo se comprometen a respetar. De esta tipología, por ejemplo, sería el pacto al que llegarían dos comerciantes que se reparten un territorio para su actividad, obteniendo cada uno el derecho, antes inexistente, a que el otro no interfiera en su zona asignada.

⁴² Gargarella, analizando igualmente la cuestión en el pensamiento de Nozick, indica: «Los únicos derechos positivos concebibles son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas» (Gargarella, R.; *Op. cit.*, p. 47).

tenciales). Estas instituciones protegerían a los ciudadanos contra las agresiones, contra el robo, contra el fraude y asegurarían el cumplimiento de los contratos. De esta forma, el Estado únicamente debería nutrirse de un cuerpo de policía ocupado de perseguir las infracciones dentro del territorio, de un ejército encargado de repeler los ataques del exterior y de un sistema de justicia capacitado para imponer sanciones y velar por el cumplimiento de los contratos.

Con tal apuesta, Nozick dirige su primera ofensiva hacia las concepciones anarquistas⁴³. Estas consideran que incluso el Estado más exiguo violaría algunos derechos naturales. En concreto, y según las cuatro premisas rescatadas del pensamiento de Locke (subapartado anterior), cualquier organización supraindividual coercitiva cercenaría tanto el derecho de los individuos a defenderse por sí mismos como su derecho a retribuir un castigo a los agresores. Ambos serían delegados injustificadamente en el Estado. Deben solventarse, pues, dos interrogantes⁴⁴. Primero: ¿Por qué un sujeto fuerte e individualista, cuya preferencia es defenderse y castigar por sí mismo, iba a aceptar las prohibiciones estatales de autodefenderse y de sancionar por su cuenta a su agresor? La respuesta de Nozick discurre por fases escalonadas. Si los individuos vivieran en un régimen de absoluta anarquía, previsiblemente se asociarían unos con otros para protegerse de forma más eficaz. Existirían, entonces, múltiples asociaciones de protección. Lo óptimo en pro de la resolución de conflictos sería que estas asociaciones, en lugar de competir entre sí, acabaran convergiendo en una única agencia de protección dominante. En esta situación (denominada «proto-Estado» o «Estado ultramínimo»), los sujetos más individualistas todavía podrían optar por recurrir a tal agencia dominante o por defenderse autónomamente contra el magno poder de la agencia rehusada. La evolución hacia el Estado mínimo requeriría de un último paso: obligar a estos sujetos disidentes a pertenecer a la agencia dominante. La cuestión es que, tras la obligación, estos individuos estarían mucho mejor y más eficazmente protegidos de lo que lo estarían por sí mismos. Su nueva situación sería preferible y, bajo su seno, su derecho a no ser agredidos se encontraría sensiblemente mejor asegurado. Con base en esta compensación –alega Nozick–, el acto queda justificado. Atajado el primer escollo, el segundo se formularía así: ¿cómo justificar el hecho, censurablemente redistributivo a los ojos del anarquismo, de que los más pobres se estarían aprovechando de una protección pagada mayoritariamente con las aportaciones (impuestos) de los más ricos? A ello se replica lo siguiente: la protección de todos los individuos –bajo un cuerpo que concentre todo el uso legítimo de la fuerza– no adolece, como pudiera parecer, de ningún carácter redistributivo; la redistribución opera cuando un individuo se sacrifica injus-

⁴³ Como se ha señalado con anterioridad, Nozick discute contra el anarquismo de corte *individualista*.

⁴⁴ Puede acudir de nuevo el análisis de Gargarella (*Op. cit.*, pp. 51-53).

tamente para proporcionar a otro algo que excede de sus derechos de no interferencia. Así, por ejemplo, sería redistributivo, desde luego, un impuesto extraído a los ricos para financiar la sanidad de los más pobres, puesto que estos recibirían un derecho asistencial. Sin embargo, «devolver dinero robado o compensar por la violación de derechos no son razones redistributivas»⁴⁵.

Precisamente este elemento, el de la redistribución, es el que a Nozick le resulta más reprochable de entre los ofrecidos desde la otra orilla de su contienda: el liberalismo igualitario de John Rawls. La impronta redistributiva de su *Teoría de la Justicia* se concreta en el principio de diferencia⁴⁶. Según este axioma, las desigualdades sociales y económicas son permisibles únicamente si mejoran las condiciones de todos los implicados⁴⁷. El principio colisiona del todo con los postulados de Nozick, puesto que, para su efectiva aplicación, el Estado debería incrementar sus márgenes e incluir en su tejido instituciones o ámbitos eminentemente redistributivos o asistenciales, tales como, sin ir más lejos, sanidad, educación, o un sistema de coberturas asimilable al de una seguridad social.

Se ha mencionado ya que, para Nozick, las obligaciones pactadas son legítimas; por lo tanto, también lo serán las sanciones dirigidas hacia quien las infrinja. Esto se tendrá muy presente en el siguiente apartado. Pero, antes de ello, fijado el alcance y la dimensión del Estado, conviene rematar una cuestión que se ha esbozado en el primer apartado. La pregunta se formularía así: un habitante del Estado mínimo *que no se halle involucrado en ningún pacto*, ¿debe acatar, además de las normas de prohibición, alguna norma de mandato? Parece inevitable que así sea. El ciudadano, independientemente de su voluntad, deberá al menos contribuir mediante el pago de impuestos al sostenimiento del Estado mínimo. Las instituciones estatales o, dígase con precisión, la viabilidad de las mismas, dependerá de que los ciudadanos cumplan con la obligación de sufragarlas. Así pues, la obligación «pagar impuestos», satisfecha como fiscalmente proceda, resulta insorteable y no se deriva de pacto alguno. En consecuencia, y para que la exhortación surta efectos, deberá asignarse una sanción a quien la incumpla, es decir, a quien infrinja (mediante acción u omisión) la obligación.

Ahora bien, si dicho Estado fijara un nivel de impuestos superior al estrictamente necesario para la consecución de sus fines, el excedente recaudado se habría alcanzado a través de un sacrificio injusto

⁴⁵ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 40.

⁴⁶ Véase Nozick (2014, pp. 183 ss.).

⁴⁷ «El principio de diferencia resulta una concepción fuertemente igualitaria en el sentido de que, a menos que exista una distribución que mejore a las personas [...], se preferirá una distribución igual» (Rawls, J.; *Teoría de la Justicia* [Dolores González, M., trad.], Ciudad de México, Fondo de cultura económica, 1979 [Obra original publicada en 1971], p. 81).

de los ciudadanos. El Estado mínimo no tiene soporte teórico para proteger otros derechos más allá de los legítimos. Esta idea, si se acoge en términos absolutos, acarrea una consecuencia llamativa que quizá se aprecie a través de esta situación: ante una catástrofe natural que pusiera en peligro la vida de un conjunto de ciudadanos (un terremoto, una erupción volcánica, un tsunami, etcétera), ninguna institución estatal estaría habilitada para intervenir en el rescate. La razón es que el daño y peligro ocasionados no proceden de ninguna agresión. Ningún sujeto ha vulnerado la norma que prohíbe agredir y, en consecuencia y a pesar del daño sufrido, nadie ha sido *agredido*. Los ciudadanos previsores que lo desearan, desde luego, podrían asociarse y financiar por su cuenta los correspondientes cuerpos de rescate, pero, en cambio, si tales servicios figuraran en la nómina del Estado mínimo, los impuestos destinados a su financiación procederían de una obligación –según los parámetros analizados– injustificada a los contribuyentes. Esta deducción advierte que, para el liberalismo de Nozick, lo relevante no es lograr una disminución general del daño, sino disminuir las agresiones que lo producen. No importa tanto el daño en sí mismo como su procedencia.

4. CONFRONTACIÓN DEL LIBERALISMO NOZICKIANO CON LA REPROCHABILIDAD DE LA OMISIÓN PURA Y DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

4.1 Cuestiones preliminares

Llegados a este punto, lo que compete es confrontar los pilares del liberalismo de Nozick (apartado 3) con las exigencias necesarias para sancionar los casos de omisión expuestos (apartado 2). La confrontación puede transitarse por dos caminos. Uno pasaría por insertar a un individuo de convicción nozickiana dentro de un Estado (de mayor dimensión que el Estado mínimo) que sí incluyera específicos derechos asistenciales. En ese contexto, si un sujeto no socorriera a un extraño y conociera de antemano la sanción, ¿la estaría aceptando (transigiendo) al omitir el auxilio? Nosotros dejaremos de lado esta vía y tomaremos la segunda ruta, que puede sintetizarse así: ¿cómo legislaría la cuestión un parlamento formado por clones de Robert Nozick? Este camino cohesiona mejor con el propósito de la teoría del autor, quien configura un determinado tipo de Estado desde su generación, es decir, sin proponer modificaciones a los realmente existentes.

4.2 El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de comisión por omisión

En la comisión por omisión, el sujeto omitente ostenta una posición de *garante*. Procede, entonces, analizar la problemática en función de los dos modos observados mediante los que adquirir tal posición. Asumimos siempre que el resultado producido ocasiona lesión en la vida o en la integridad física de las personas y que, en tanto que agresiones a terceros, el delito en cuestión (homicidio o lesiones, entre otros), queda previsto en el ordenamiento jurídico del Estado mínimo.

a) *Garante* en virtud de la específica función de protección de un bien jurídico.

Observábamos que esta modalidad, a su vez, incluye una triple casuística: *i*) estrecha relación familiar; *ii*) asunción voluntaria (contractual o no) de la función de protección; y *iii*) pertenencia a una comunidad de peligro. Nótese que en cualquiera de estos casos el sujeto omitente no (necesariamente) ha *agredido* al otro, al menos en el sentido que Nozick imprime al verbo; por lo tanto, a nuestro juicio, el único salvoconducto que su liberalismo dispondría para reprochar estas conductas consiste en la aceptación expresa por parte del sujeto del deber de proteger al otro. Veamos por separado los tres escenarios.

Sobre las relaciones familiares, dígase, inicialmente, que pueden sustentarse en lazos sanguíneos o en actos jurídicos. La mayoría de las primeras no son libremente elegidas; esto resulta tan obvio como notar que un individuo no elige tener un padre o una madre, ni elige tener abuelos, hermanos, primos, etcétera. La única posibilidad de elección, pues, en cuanto a las relaciones familiares sanguíneas surge de la libre voluntad que tienen los adultos para procrear. De esta forma, los progenitores adquieren el deber de cuidar a sus hijos y, en virtud de ello, serán responsables si eluden las obligaciones que tal deber comprende. Al surgir esta relación de una elección, Nozick dispone de fundamentos para sancionar a los padres que permiten que sus hijos mueran, por ejemplo, omitiendo el deber de alimentarlos u omitiendo el deber de velar por su salud. Locke conviene en este punto: «...los cuales [los hijos] tienen el derecho de ser alimentados y mantenidos por los padres hasta que sean capaces de valerse por sí mismos»⁴⁸. Una arista del debate consistiría en ubicar el momento concreto en que los hijos alcanzan una edad suficiente como para *valerse por sí mismos*. En este sentido –proponemos– la desvinculación se produciría no ya cuando los hijos alcanzaran la mayoría de edad, sino cuando pudieran ofrecerse como fuerza de trabajo. Si los padres renegaran de sus obligaciones en algún momento anterior, los hijos tendrían que sobrevivir, o bien delinquiendo (hurtando bienes), o bien a merced de

⁴⁸ LOCKE, J.; *Op. cit.*, p. 80.

terceros que los asistan. Pero ninguna de las alternativas son soluciones válidas: la primera, porque la delincuencia está castigada; la segunda, porque el Estado mínimo no incluye instituciones asistenciales, lo que implicaría que la vida de los niños pendiera del hilo de hipotéticos actos filantrópicos. Aclarado esto, puede exponerse que ninguna otra vinculación familiar sanguínea –distinta de la de padres e hijos en sentido descendiente– genera por sí misma ninguna responsabilidad en los individuos. Ningún sujeto podrá ser sancionado por omitir las acciones que habrían salvado la vida o integridad física de un familiar, salvo que se hubiera obligado a ello voluntariamente. Esta conclusión conduce a casos crudos y reprobables para la intuición humana, pero que no pueden ser sancionados bajo los parámetros del liberalismo de Nozick. Por ejemplo, aquellos en los que –siempre en ausencia de una asunción expresa de la función de protección– un hermano deje morir a otro, o aquellos en que los hijos omitan el cuidado necesario para que sus padres ancianos continúen con vida.

Las otras relaciones familiares, las no sanguíneas, se generan mediante la libre voluntad. Es el caso del matrimonio⁴⁹; mediante su contracción, los cónyuges eligen adherirse una serie de derechos y obligaciones recíprocas, entre las cuales consta, en los Estados modernos, el deber de socorrerse mutuamente⁵⁰. De tal libertad de elección se desprende que en el Estado mínimo cabe la sanción para el sujeto que omita el auxilio a su cónyuge cuando este se halle desamparado. El otro vínculo familiar no sanguíneo es el que surge tras la adopción de hijos por parte de personas adultas. La conclusión al respecto es idéntica a la obtenida para una relación biológica, es decir: los padres adoptivos deben asegurar las condiciones vitales de sus hijos adoptivos hasta que estos puedan valerse por sí mismos; los hijos, por su parte, no acarrear con ningún deber específico recíproco. No hallamos fundamento en el liberalismo de Nozick para sancionar a los hijos (biológicos o no) que omitan las acciones precisas para revertir resultados graves en la vida y salud de sus progenitores.

En segundo término, un sujeto puede asumir de forma voluntaria un deber de protección hacia otro(s). La asunción tal vez revista forma de contrato (como el ejemplo mencionado del profesor de natación), pero también puede surgir de una aceptación voluntaria, libremente elegida, y no plasmada en la letra de un contrato o un acto jurídico. En ambos casos, al haberse asumido voluntariamente la función de protección, las posteriores infracciones del deber son sancionables por

⁴⁹ Aunque, ciertamente, en otras épocas –y aún hoy en algunos lugares– el matrimonio era pactado por las familias de los contrayentes y las voluntades de estos solían desoírse.

⁵⁰ Locke lo recoge así: «La sociedad conyugal se establece mediante un contrato voluntario», y añade: «...lleva consigo una ayuda y asistencia mutuas» (*Op. cit.*, p. 80). El artículo 68 del Código civil español, en su primer inciso, expone: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

los postulados de Nozick⁵¹. El reproche es compatible con los parámetros del autor: las obligaciones han surgido de la libre voluntad de las partes. Entrarían en esta casuística, ahora sí, las relaciones –familiares o no– en las que una persona se comprometa a salvaguardar la salud de otra.

A raíz de lo analizado, supóngase un caso concreto. Una mujer mayor, tras sufrir un grave accidente, necesita de asistencia y cuidados para vivir. La mujer tiene dos hijas adultas, de las cuales una dice a la otra: «Yo la cuido». Pues bien, si, al tiempo, la hija descuidara su deber y la madre muriera, el comportamiento sería punible. Pero si, tras el accidente, las dos hijas eludieran el cuidado y la madre muriera, no habría lugar a sanción puesto que no ha existido ninguna asunción voluntaria de la función de protección.

En relación con la pertenencia a una comunidad de peligro, es cierto que las personas que se incursionan en una actividad de riesgo pueden pactar el mutuo socorro en caso de necesidad. «La razón es que si en estos casos se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, es con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas excursiones)»⁵². No obstante, cuando no medie una declaración expresa, parece dudoso que el liberalismo de Nozick defienda la responsabilidad de un sujeto por la mera confianza, expectativas o esperanzas que otro haya depositado en su comportamiento. Asimismo, es también frecuente en expediciones de alpinismo, especialmente en la élite de este deporte, que la costumbre pase precisamente por priorizar la cima en lugar de asistir. En cualquier caso, la confrontación de este plano alberga más dificultades probatorias que teóricas: solo si existió una asunción voluntaria de la función de protección –en la forma en que esta se diera–, la conducta será delictiva en comisión por omisión.

b) Garante en virtud del deber de control de fuentes de peligro.

Indicábamos que esta vertiente de la justificación de la posición de garante se desdoblaba en *i*) una actuación precedente y *ii*) un deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio. Respecto de la previa actuación, su consideración como un modo de adquirir la posición de garante concuerda, *a priori*, con la protección de los derechos de no interferencia. Proteger la no interferencia requiere, en pulcritud, que el sujeto que actuó generando un riesgo antes inexistente vele por las consecuencias ocasionadas y, dado el caso, trate de revertirlas. Algo similar se plantea en los casos donde se abandona el control de la fuente de peligro. Si los individuos descui-

⁵¹ Lo que, en este punto, condiría con el consenso en la doctrina penal, según el cual, en caso de mediar contrato, será indiferente su validez civil. Por ejemplo: «Aun-que resulte nulo el contrato entre los padres y el profesor de natación, este es garante de la vida del niño que de hecho se le ha confiado» (Mir Puig, S.; *Op. cit.*, p. 332).

⁵² MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, p. 331.

daran su custodia (por ejemplo, detonando explosiones sin las debidas medidas de seguridad), otros soportarían interferencias injustificadas. Los derechos de no interferencia, sustentados en prohibiciones del tipo «¡no agredas!» o «¡no dañes!», incluyen implícitamente el mandato de paliar los riesgos y daños generados por uno mismo. Jakobs lo recoge así: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización»⁵³.

No obstante, un factor importante (fundamentalmente en la actuación precedente) transita por determinar si la causación del peligro fue consciente, imprudente o fortuita⁵⁴. Mir Puig señala: «Es indudable que quien crea voluntariamente (conscientemente) el peligro, queda en posición de garante. Pero parece ilógico que quien produce el peligro sin quererlo y sin imprudencia [...] deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción»⁵⁵. El dilema radica, entonces, en aquellos supuestos donde el peligro haya sido causado por imprudencia. Al hilo de este punto, Nozick, razonando sobre la pertinencia de prohibir los traspasos de límites⁵⁶, aporta un indicador significativo: «Penalizar todos los traspasos no consentidos, incluyendo los *accidentales* y los realizados *sin intención*, incorporaría una gran cantidad de riesgo e inseguridad en la vida de las personas»⁵⁷. Se deduce que los traspasos realizados *sin intención* deben igualarse a traspasos *imprudentes* y no a traspasos *fortuitos* (que, claro está, también carecen de intención), porque de lo contrario, al haberse referido inmediatamente antes a los *accidentales* (estos sí, *fortuitos*), la frase caería en redundancia. Esta valoración, observada desde las exigencias para la imputación en comisión por omisión, menguaría el número de supuestos en los que un sujeto adquiere la posición de garante.

4.3 El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de omisión pura

El supuesto idiosincrásico de omisión pura, como veíamos, se describe en el delito de omisión del deber de socorro. Se impone así, mediante expresa previsión legal, el deber de socorrer a quien se halle en un peligro manifiesto y grave. El deber recaería en cualquier sujeto ubicado ante el escenario, sin que hubiera asumido una especial pro-

⁵³ JAKOBS, G.; *Op. cit.*, p. 851.

⁵⁴ MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, pp. 333-336.

⁵⁵ *Ib.*, p. 334.

⁵⁶ En el contexto del discurso (NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, pp. 39-79), un individuo traspasaría los límites del otro cuando interfiriera en él negativamente. Ante esa posibilidad, Nozick se pregunta si conviene prohibir (siempre o bajo determinadas circunstancias) el traspaso de límites (es decir, sancionarlos) o si resulta preferible permitir algunos de ellos y agregar una compensación suficiente para el damnificado.

⁵⁷ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 78 [cursivas añadidas].

tección del bien jurídico ni una función de control sobre algún elemento que hubiera originado el peligro. Por tanto, en ausencia de una asunción expresa del deber de socorrer, su imposición no tiene respaldo en el constructo de Nozick⁵⁸. Atendiendo a sus axiomas, la violación de derechos surge de una agresión; luego, si el sujeto no ha agredido, no hay fundamento para sancionarlo. Exagerando lo macabro: no hay razón para reprochar (jurídicamente) nada a quien se detiene a contemplar cómo otra persona se desangra⁵⁹. Esta deducción encaja con la observación acerca de las catástrofes naturales y la imposibilidad de que el Estado mínimo actúe para revertir sus consecuencias. Las situaciones son análogas en tanto que, en ambas, el daño no procede de una agresión. De modo que, así como los sueldos de los funcionarios de rescate suponen un sacrificio ilegítimo para los contribuyentes, también resulta un sacrificio imponer el mandato de socorrer al necesitado⁶⁰.

Otros supuestos de omisión pura, como se ha visto, fijan obligaciones en función del cargo profesional de los sujetos. De tal forma, sí tendría cabida en el liberalismo nozickiano la sanción prevista para el funcionario que desatienda la persecución de delitos, toda vez que, por un lado, la efectividad del Estado mínimo depende en buena medida de la labor policial, y que, por otro, resulta lógico requerir una voluntad de compromiso al profesional que acepta el cargo. En cambio, respecto del reproche hacia el profesional que deniegue asistencia sanitaria, la sutileza radica en que el sujeto ofrecería sus servicios siempre dentro del ámbito privado (dado que no existiría una sanidad pública), por lo que no encontramos fundamentos para negarle una suerte de derecho de admisión y obligarle, por el contrario, a desempeñar su labor con todo aquel ciudadano que lo precise.

⁵⁸ «El Estado no puede usar su aparato coercitivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros [...]» (NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 7).

⁵⁹ En una línea próxima, Quinche Ramírez plantea este ejemplo con el objetivo de reproducir las implicaciones trágicas de un derecho *de propiedad* absoluto e incondicionado: «Un sujeto A [...] pasea por sus propiedades en su caballo. Cae violentamente del animal y sufre un trauma severo que le impide hacer otra cosa diferente a gritar. Su vecino B, quien pasea cerca del terreno escucha las quejas del doliente pero, para no alterar el principio de propiedad y el derecho que le asiste a A de no violación del terreno, decide no acudir en ayuda de su vecino» (QUINCHE RAMÍREZ, M. F., Y QUINCHE RAMÍREZ, V. A.; «El trasfondo moral de las filosofías políticas. El caso Nozick», *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 10, n.º 2, pp. 299-300).

⁶⁰ Cabría preguntarse qué institución, en el marco del Estado mínimo, proveería de asistencia sanitaria a quienes hubieran sufrido lesiones por alguna agresión y no tuvieran recursos para acudir a centros privados. Así como se razona en favor de un cuerpo de policía para combatir las agresiones, ¿debería el Estado mínimo incorporar también un sistema de salud, pero limitado a sanar solo este tipo de daños? Si lo hiciera, los funcionarios deberían curar un leve hematoma originado en una riña y desatender un infarto al corazón.

4.4 La alusión a los «horrores morales catastróficos»

En uno de los pasajes más analíticos y, probablemente, arduos de la obra, Nozick inserta una idea –al final de una larga nota al pie de página– que podría, en apariencia, orientar el juicio sobre situaciones de extrema gravedad, como la descrita en el delito de omisión del deber de socorro. Dice así: «La cuestión de si estas restricciones indirectas son absolutas o si pueden ser violadas para evitar horrores morales catastróficos y, si este es el caso, cómo sería la estructura resultante, es la que espero evitar por completo»⁶¹. Quizá por la aspe-reza de la expresión «*horrores morales catastróficos*», algunos auto-res vislumbran en ella una consideración excepcional de Nozick hacia ciertos casos trágicos, una ligera y apreciable laxitud en la rigidez de sus principios⁶². Sin embargo, procede, por al menos dos razones, des-estimar esa posibilidad en términos generales y, por una tercera adi-cional, rechazarla específicamente respecto de las situaciones en las que la sanción derivaría de la vulneración de una norma distinta a la prohibición de una agresión.

En primer lugar, el subapartado que da origen a la nota esboza una reprobación, precisamente, a la posición «utilitarista de derechos», y se indica que dicho sistema podría evitarse incluyendo restricciones a la acción, es decir, restringiendo o constriñendo las acciones para que estas no violen nunca el derecho de otros, ni aun cuando fuera espera-ble que solo mediante esa acción violenta se obtuviera una minimiza-ción de violaciones de derechos en cómputo global⁶³. En segundo

⁶¹ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 42.

⁶² Sen, razonando sobre la cuestión de la prioridad absoluta de los derechos, dice así: «Nozick hace una exención muy excepcional a lo que denomina «*horrores mora-les catastróficos*»», aunque, seguidamente, a fin de dejar patente la inconsistencia de esa supuesta excepcionalidad, añade: «pero esta exención no está bien integrada en el resto de su enfoque ni se justifica debidamente (es bastante *ad hoc*). La prioridad absoluta de los derechos libertarios puede plantear especiales problemas, ya que entre las consecuencias reales del funcionamiento de estos derechos puede haber resultados bastante terribles» (SEN, A.; *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000 [obra original publicada en 1999], p. 89). Otra alusión de Sen a la misma expresión reza: «Hasta Robert Nozick mantiene abierta la posibilidad de una justa violación de los derechos para evitar «horrores moralmente catastróficos»» (SEN, A.; «Propiedad y hambre», *Precedente*, 2001 [obra original publicada en 1988], p. 109). Estas mencio-nes del economista indio han reavivado la discusión sobre la expresión que en su día escribió el filósofo estadounidense (Vid. FÉRRIZ, J. L. S.; «El enfoque ético de las capacidades de Amartya Kumar Sen y su aplicación al desarrollo y al bienestar», *Principios: Revista de Filosofía [UFRN]*, Vol. 26, n.º 59, 2019, p. 206; Vid. PALLÉS REYNO, C.; *El consecuencialismo pluralista de derechos humanos de Amartya Sen* [Tesis de doctorado no publicada], Universidad de la República del Uruguay, 2018, pp. 79-81).

⁶³ En un sistema «utilitarista de derechos» el fin perseguido es la minimización *total* de violaciones de derechos, a pesar de que, para ello, sea necesario que alguna acción viole algún derecho concreto. Nozick dibuja este ejemplo: «Una chusma que arrasa parte de la ciudad, matando y quemando, violará el derecho de aquellos que viven ahí. Por tanto, alguien podría tratar de justificar el castigo de un individuo que sabe que

lugar, en el subapartado inmediatamente posterior se defienden las restricciones a la acción (es decir, las restricciones dirigidas a respetar siempre el derecho del otro) sin cortapisas: «Las restricciones indirectas a la acción reflejan el principio kantiano subyacente de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables»⁶⁴. Luego parece claro que, ni antes ni ahora, se concede opción a violentar –las restricciones indirectas que reflejan– el principio kantiano.

En tercera y última instancia, cabría cuestionarse si el apartado siguiente⁶⁵, en el que Nozick discute la idoneidad de permitir acciones dañinas o riesgosas (siempre que estas vengan acompañadas de una compensación superior al riesgo o daño provocado), contiene algún punto que induzca a sancionar a quien no prestara el auxilio que otro necesita. En uno de los planteamientos sugeridos, un individuo fractura el brazo de otro, de donde emana la pregunta: ¿qué resulta más apropiado, castigar siempre este tipo de agresiones o permitir las y obligar al agresor a indemnizar a la víctima (de modo que esta se encuentre, tras la compensación, mejor de lo que se hallaba anteriormente)? Y, como cabe esperar, Nozick rechaza la vía de la compensación para las acciones intencionadas que provocan un daño concreto⁶⁶, admitiéndola, como ya se ha mencionado, exclusivamente para algunas acciones que generan un riesgo genérico o que provocan un daño accidental e intencionado⁶⁷. Por tanto, solo si el autor permitiera alguna acción dañina deliberada a cambio de la debida compensación, podrían contemplarse casos de extrema necesidad, como el del denominado «hurto famélico», y se toleraría, dado este supuesto, que un individuo al borde de la inanición hurtara un plátano de una frutería con la cláusula de que, en cuanto le fuera posible, compensara suficientemente al frutero⁶⁸. Pero –y aquí lo decisivo– incluso en tal hipó-

es inocente del crimen que enfureció a la chusma, sobre la base de que al castigar a esta persona inocente ayudaría a evitar una violación de derechos aún más grande por parte de otros y conduciría, así, a un mínimo resultado sopesado en lo que a la violación de derechos en la sociedad se refiere» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 41).

⁶⁴ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 43. Si bien, el autor se pregunta sobre singulares coyunturas en las que una persona puede ser usada para fines ajenos cuando dicho uso no se presenta de una forma *específica*, y concluye que tales situaciones son ajenas a la filosofía política. Aquí una de sus preguntas: «¿Al sentir placer viendo pasar a una persona atractiva, la usamos solamente como medio?» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 44).

⁶⁵ Apartado IV de la primera parte: Prohibición, compensación y riesgo.

⁶⁶ «Nuestro argumento presente, en favor de la prohibición de trasposos indemnizables de límites, se basa en ese carácter no global del miedo, de la angustia, de la aprensión» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 77).

⁶⁷ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, pp. 78-90.

⁶⁸ El estado de necesidad queda recogido en el artículo 20.5.º del Código penal español: «Están exentos de responsabilidad criminal [...] el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos. Primero: que el mal

tesis, lo que se estaría permitiendo (tolerando) serían tan solo acciones que, de no verse amparadas por la eximente, vulnerarían una norma de prohibición. Ahora bien, este remedio es distinto, y conceptualmente opuesto, a exigir en determinadas circunstancias la realización de una acción de socorro. Mitigar el alcance de una prohibición no equivale a establecer un mandato. Esto es, al consentir que el hambriento vulnere el derecho de propiedad del frutero se adjunta una apostilla a una prohibición genérica («prohibido hurtar, *salvo caso de extrema necesidad*») y, mediante ella, se exime al sujeto de la responsabilidad de su acción, pero no se obliga al frutero a que, autónomamente, le entregue al otro parte del género. En todo caso, y confeccionando una situación inaudita, procedería eximir al sujeto que se hallara en riesgo grave y que, ante la impasividad de otro que merodea el lugar sin intención de prestarle auxilio, lograra, agonizando, estirar el brazo y hurtarle el teléfono móvil para marcar el número de emergencias. Pero, como ya se ha advertido, Nozick no tolera acciones dañinas deliberadas, por lo que, en el insólito supuesto anterior, además de que el sujeto moribundo no sería víctima del delito de omisión del deber de socorro –puesto que el delito no existiría–, sería el otro sujeto la víctima de un hurto efímero.

4.5. Conclusiones

Los resultados de lo expuesto se sintetizan en los siguientes puntos: (i) El liberalismo propuesto por Nozick, en virtud de su marcada concepción negativa de la libertad, se halla más capacitado para imponer prohibiciones que mandatos. (ii) Por tanto, alberga dificultades teóricas para sancionar ciertas conductas omisivas que originan o permiten peligros y resultados especialmente graves para la vida y la salud de los otros. (iii) De tal forma, respecto a los supuestos de comisión por omisión, los modos de adquirir la posición de garante se restringirían a la asunción voluntaria del deber de protección de un bien jurídico, a un actuar precedente deliberado (o gravemente imprudente) y a un abandono del deber de control de fuentes propias de peligro. (iv) Por último, respecto de los supuestos de omisión pura, este liberalismo no sancionaría la conducta descrita en el delito de omisión del deber de socorro ni obligaría a realizar acciones concretas a profesionales ajenos al funcionariado del Estado mínimo.

Conviene rescatar un aspecto final: el pensador liberal probablemente arguya que las conductas englobadas en los derechos asistenciales (socorrer, ayudar o asistir voluntariamente al otro) son éticamente loables. Ahora bien, lo que se ha pretendido exponer son sus

causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo: que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero: que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

limitaciones para imponerlas *jurídicamente*. El seguidor de Nozick podrá alabar los comportamientos asistenciales, pero estos no dejarán de tener carácter voluntario y se hallarán al margen del ordenamiento jurídico.

En definitiva, el defensor del liberalismo nozickiano podrá escoger entre dos vías. La primera pasaría por replantearse los esquemas e introducir en ellos excepciones a la exclusiva legitimidad de los derechos de no interferencia. Aunque, al alejarse de postulados absolutos y abrirse a cuestiones de ponderación o de jerarquía entre distintos derechos, sus pilares teóricos podrían tambalearse. La segunda opción, a nuestro juicio más acertada, pasaría por reconocer, probablemente sin excesivos tapujos, que sus postulados no están capacitados para sancionar algunos comportamientos intuitivamente reprobables, pero que tal vez sea ese un peaje desdeñable en el seno de una teoría formal e internamente coherente.

La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Gender identity at the European Court of Human Rights

Por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO
Universidad de La Rioja

RESUMEN

Este artículo describe y analiza la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la identidad de género de las personas transexuales. En el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH), como en otros tratados internacionales sobre derechos humanos, no existe un derecho que reconozca y proteja la situación del colectivo trans. Sin embargo, el Tribunal ha elaborado una doctrina propia a partir del artículo 8 del CEDH, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en la que cobra especial importancia su análisis de las obligaciones negativas y positivas de los Estados y su aplicación a la protección de la autonomía personal, de la libertad y de la dignidad humana de las personas transexuales.

Palabras clave: identidad de género, derechos de las personas transexuales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derecho al respeto a la vida privada y familiar, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This article describes and analyzes the doctrine of the European Court of Human Rights (ECHR) on the gender identity of transsexual people. In the

European Convention on Human Rights (ECHR), as in other international human rights treaties, there is no right that recognizes and protects the situation of the trans community. However, the Court has developed its own doctrine based on Article 8 of the ECHR, the right to respect for private and family life, in which its analysis of the negative and positive obligations of States and their application to protection of personal autonomy, freedom and human dignity of transsexual people is particularly important.

Keywords: *Gender identity, rights of transsexual people, European Court of Human Rights, the right to respect for private and family life, European Convention on Human Rights.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA AGENDA DEL CONSEJO DE EUROPA. 2.1 *Los informes del Comisario para Derechos Humanos.* 2.2 *Resoluciones del Consejo de Europa sobre la identidad de género.* – 3. EL CASO GOODWIN VS. REINO UNIDO Y SUS DERIVACIONES. 3.1 *La doctrina del TEDH en materia de identidad de género antes del caso Goodwin.* 3.2 *El cambio doctrinal en materia de identidad de género: el caso Goodwin.* 3.3 *Repercusiones jurisprudenciales y proyección del caso Goodwin.* 3.3.1 *El reconocimiento de la identidad de género de los transexuales con posterioridad al caso Goodwin.* 3.3.2 *De la autonomía personal a la autodeterminación sexual.* 3.3.3 *De las obligaciones negativas y positivas de los Estados.* 3.3.4 *El derecho al matrimonio de las personas transexuales.* 3.3.5 *Sobre las relaciones paternofiliales.* 3.3.6 *Sobre la edad de jubilación y el derecho a la pensión.* – 4. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. UNA SÍNTESIS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. GENDER IDENTITY ON THE AGENDA OF THE COUNCIL OF EUROPE. 2.1 *The reports of the Commissioner for Human Rights.* 2.2 *Resolutions of the Council of Europe on Gender Identity.* – 3. THE CASE OF GOODWIN VS. UNITED KINGDOM AND ITS DERIVATIONS. 3.1 *The ECHR doctrine on gender identity before the Goodwin case.* 3.2 *The doctrinal change regarding gender identity: the Goodwin case.* 3.3 *Jurisprudential repercussions and projection of the Goodwin case.* 3.3.1 *Recognition of the gender identity of transsexuals after the Goodwin case.* 3.3.2 *From personal autonomy to sexual self-determination.* 3.3.3 *On the negative and positive obligations of the States.* 3.3.4 *The right to marriage of transsexual people.* 3.3.5 *On parent-child relationships.* 3.3.6 *Regarding the retirement age and the right to a pension.* – 4. THE DOCTRINE OF THE ECHR ON GENDER IDENTITY. A SYNTHESIS.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido, en estas primeras décadas del siglo XXI, un importante adalid de los derechos de las personas LGBTIQ¹. Todos los expertos coinciden en que dos sentencias del TEDH marcan un cambio doctrinal muy importante en su jurisprudencia en relación con los derechos de las minorías sexuales: las sentencias del *caso Dudgeon vs. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, y del *caso Goodwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. La primera resolvía un caso de injerencia de los poderes públicos en la vida privada de dos adultos homosexuales y la segunda tuvo por objeto un supuesto de discriminación por la condición de transexual de la demandante, así como de violación de su vida privada y de su identidad personal. Ambas sentencias supusieron una inflexión en la tradicional doctrina del Tribunal y, al mismo tiempo, irradiaron sus efectos sobre la interpretación del conjunto de derechos y libertades del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

Los autores, a la vista de ambas sentencias y de la actitud del TEDH, están de acuerdo en que el Tribunal, con este cambio doctrinal y con los fallos que han venido posteriormente, ha realizado una interpretación dinámica y extensiva de los artículos del CEDH, especialmente, el artículo 8, en el que se recoge el derecho a la vida privada, y el 14, en el que se reconoce el derecho de igualdad y el principio de no discriminación, pero también otros como el artículo 2, derecho a la vida, artículo 3, prohibición de la tortura, artículo 5, derecho a la libertad y seguridad, artículo 6, derecho a un proceso judicial equitativo, el artículo 9, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 11, el derecho a la libertad de reunión y manifestación, artículo 10, derecho a libertad de expresión, el artículo 12, el derecho a contraer matrimonio, etc.

Una interpretación dinámica, puesto que ha ido virando el sentido de las sentencias a medida que ha percibido un cambio en las opiniones y en los juicios del conjunto de las personas que compo-

¹ LGBTIQ es el acrónimo de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y *queer*. En España, lo más habitual es utilizar LGTBI. No obstante, en el trabajo utilizo el primero por ser el más habitual en los movimientos sociales, activistas y organismos internacionales. En última instancia, es también el empleado por la Unión Europea en su *Unión of Equality. LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, (https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en, última vez consultado: 6 de enero de 2021). Según la *Estrategia*, dada a conocer el 12 de noviembre de 2020, las personas LGBTIQ son aquellas que sienten atracción hacia otras de su propio género (lesbianas, gays) o de ambos (bisexual); aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde al sexo asignado en el momento del nacimiento (*trans*, no-binarios); aquellas que han nacido con características que no se ajustan a la definición típica de hombre o mujer (intersex); y aquellas cuya identidad no se ajusta a la clasificación binaria de la sexualidad y/o género (*queer*).

nen la compleja sociedad europea. Una interpretación extensiva, puesto que ha hecho sobre todo del artículo 8 y del concepto de vida privada y de la intimidad un ámbito semántico cada vez más amplio en el que cabe también la orientación sexual y la identidad de género. Esta es una interpretación, a la postre, sumamente importante, pues ha permitido deslizar el viejo concepto de la intimidad como «el derecho a estar solo» hacia un derecho más abierto en el que debe integrarse y proteger el derecho a la identidad personal y, dentro de ella, la sexual y la de género. Como consecuencia de esta interrelación hermenéutica, el TEDH, además, ha procedido a considerar que los poderes de las autoridades gubernativas no deben ser ilimitados, esto es, que los Estados no tiene una total y plena discrecionalidad para restringir los derechos de la CEDH y, aún menos, los referidos a las personas LGBTIQ.

Puede afirmarse que, de esta manera, a falta, en el CEDH, en las constituciones nacionales o en las declaraciones internacionales de derechos humanos, de un derecho específico que reconozca, proteja y garantice la especial situación del colectivo LGBTIQ, el TEDH con sus fallos ha ido configurando un marco normativo propio de enorme calado². Pues, en efecto, puede considerarse que ha ido paulatinamente configurando vía jurisprudencial el entramado de un derecho específico para las minorías sexuales: un derecho a la orientación sexual y la identidad de género³. Éste es un derecho que no deja de ser controvertido e, incluso, aún con la mejor intención puede entenderse que no

² No existe en los textos normativos sobre derechos humanos un derecho específico que pueda aplicarse a la realidad LGBTIQ. Por eso, como ha expresado C. Monereo Atienza, hasta la fecha, en la vía jurisdiccional, se ha utilizado el principio general de no discriminación para defender los derechos de este colectivo amparándose en la cláusula general de «razones de otra índole» acompañada de la referencia a otro derecho o libertad fundamental. Vid. MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 60.

³ Según los *Principios de Yogyakarta (PY, 2006)*, «la orientación sexual se refiere a la vivencia de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales». Estos principios, que fueron elaborados por 29 expertos reunidos en esta ciudad, constituyen un importante punto de partida en el reconocimiento del derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Su definición de estos conceptos ha sido aceptada por el mundo LGBTIQ y por la comunidad científica. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>).

carece de limitaciones, pues, como iremos viendo, no parece amparar las particulares situaciones y reivindicaciones de las personas transgénero, intersexuales, *queer*, *cuir*, no binarios, etc⁴. Esto es, no reconocería plenamente la libre determinación de sexo y género tal y como la interpretan estos colectivos.

Todo ello, en fin, ha supuesto un avance muy importante en el reconocimiento y protección de los derechos de las minorías sexuales que no solo ha afectado a los ciudadanos europeos, sino que también se ha proyectado por la comunidad global incidiendo de forma importante en las actuaciones de los organismos internacionales, especialmente, del sistema de Naciones Unidas.

El objetivo de este trabajo no es dar cuenta de todas y cada una de las variaciones doctrinales acaecidas en seno de la actividad del TEDH en torno a las minorías sexuales, pues en los últimos años está siendo una labor ingente. Aún siendo consciente de la relevancia que tienen las resoluciones de este Tribunal para la configuración y la protección de los derechos de las minorías sexuales, este texto se va a ceñir exclusivamente a la descripción, estudio y análisis de la construcción doctrinal realizada por el TEDH en torno a la identidad de género que constituye un supuesto especial dentro de la realidad del colectivo LGBTIQ. Previamente, se comentarán los informes y documentos aprobados por los órganos del Consejo de Europa en esta materia y, en el desarrollo jurisprudencial, tomaré como elemento diferenciador la ya mencionada sentencia del *caso Goodwin vs. Reino Unido*.

Una cuestión conceptual previa. La noción de identidad de género, definida por los *Principios de Yogyakarta* como «vivencia interna e individual del género», tiene por objeto enunciar, describir y comprender la realidad de las personas *trans*, su difícil situación, sus inquietudes y sus reclamaciones. La persona *trans*, principalmente, entiende que no hay una correspondencia entre el sexo asignado al

⁴ Son muchas las personas del colectivo que creen que no hace falta establecer un derecho específico que reconozca, proteja y garantice la situación y el estatus de las personas LGBTIQ. Esta misma posición está presente también en los organismos internacionales. Entre otros, la Alta Comisionada para Derechos Humanos (ACNUDH), Navi Pillay: «La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBT. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos...». *Vid.* ACNUDH, *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Nueva York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 9. No comparto esta opinión. Como tengo escrito, en un mundo en el que se han ido especificando los derechos no creo que esté de más un derecho a la orientación sexual y la identidad de género e, incluso, un derecho a la libre determinación del género que asegure el derecho a la libre perfección, a la identidad personal y a la dignidad humana del colectivo LGBTIQ. *Vid.* MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239.

nacer y el sentido individualmente. Hay una disconformidad que afecta directamente al género y a su identidad personal. Pero, el mundo *trans*, como todos los asuntos que tienen que ver con la identidad personal, la dignidad humana y la libre perfección de la personalidad, engloba experiencias vitales diferentes. Como es asumido mayoritariamente, el término *trans* es la voz genérica que engloba a todo el colectivo. Los *transexuales* son aquellos *trans* favorables a la reasignación del sexo mediante la aplicación de protocolos sobre hormonación y el uso de la cirugía; los *transgénero* son aquellos *trans* que se niegan a las soluciones médicas y quirúrgicas y quieren disfrutar de sus vivencias de género de forma autónoma y sin cortapisas, pues fundamentalmente cuestionan la necesidad de escoger entre el rol masculino o femenino; y *travesti* es el término usado en Latinoamérica para referirse a los transexuales⁵.

2. LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA AGENDA DEL CONSEJO DE EUROPA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido y es especialmente sensible a los cambios en la actitud y en las opiniones de las sociedades europeas, sobre todo, en la cuestión de los derechos de las personas LGBTIQ y, dentro de este colectivo, a los grupos trans. Este es, precisamente, uno de los argumentos utilizados por el TEDH para justificar el giro doctrinal en las dos sentencias antes mencionadas. Al mismo tiempo, la acción jurisprudencial supuso un impulso importante a la elaboración de informes y la aprobación de resoluciones y otros documentos por parte del Consejo de Europa y de sus órganos de dirección, por un lado, poniendo de manifiesto y denunciando la situación del colectivo LGBTIQ en Europa y, por otro, proponiendo recomendaciones a los Estados miembros de reforma legal, recopilación de información y establecimiento de políticas específicas. Me referiré a continuación a dos aspectos de la acción de los órganos del Consejo de Europa: los informes del Comisario para Derechos Humanos y las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

2.1 Los informes del Comisario para Derechos Humanos

Entre las áreas de interés, investigación y preocupación del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa está el estudio y análisis de la situación del colectivo LGBTIQ y de sus derechos. Son

⁵ Vid. COLL-PLANAS, G.; *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gays y trans*, 2.^a edic., Barcelona, Egales, 2011, p. 26.

varios los informes realizados por esta institución que ha mostrado una especial atención por la realidad *trans* e intersexual⁶ en Europa. En particular, sobre la situación de los *trans*, dos informes resultan esclarecedores: 1.– El informe *Human rights and gender identity* (2009) de Th. Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁷. 2.– El documento *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe* (2011)⁸.

Coincidiendo con el interés global por conocer la realidad de las personas LGBTIQ, el Consejo de Europa encargó a Th. Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos, un primer informe sobre uno de los colectivos más sensibles. En efecto, el informe de Th. Hammarberg, *Derechos humanos e identidad de género* (2009), tuvo por objeto el estudio y el análisis de la realidad personal, social y legal del colectivo «trans» en Europa y resulta ser un elemento clave para entender las cuestiones principales relacionadas con la «identidad de género»⁹. Partiendo de la diferencia entre «sexo» y «género», procura distinguir con claridad lo que es «orientación sexual» e «identidad de género», lamentando que haya países del Consejo de Europa cuya legislación trata ambas categorías indistintamente. El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa constata que, a pesar de que «las herramientas internacionales de derechos humanos protegen a todo el mundo sin discriminación», las personas *trans*, sin embargo, son las que son objeto de mayor discriminación en Europa y en el mundo. Recoge la opinión del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Conferencia de Montreal, en 2006, sobre la existencia de abusos, ataques, tortura e incluso asesinatos de las personas LGBTIQ y, lo que es peor, el estigma asociado a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual e identidad de género, la violencia contra este colectivo y el vergonzoso silencio con el que

⁶ El Comisario de Derechos Humanos realizó en 2015 un interesante estudio sobre las personas intersexuales, un colectivo poco conocido, muy discriminado y sometido, muchas veces, a ostracismo y estigmatización. Este documento puede consultarse en <https://rm.coe.int/human-rights-and-intersex-people-issue-paper-published-by-the-council-/16806da5d4> (última consulta: 21 de febrero de 2021).

⁷ Puede consultarse en [https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper\(2009\)2](https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper(2009)2). Hay versión en español en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf (última consulta: 21 de febrero de 2021).

⁸ Puede consultarse en https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf (última consulta el 21 de febrero de 2021).

⁹ Como afirma en la «Introducción», «mientras ‘sexo’ se refiere, en primer lugar, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, ‘género’ también incluye el aspecto social de la diferencia entre géneros en adición al elemento biológico». La noción de identidad de género «hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla o los gestos». HAMMARBERG, T.; *Derechos humanos e identidad de género*, Berlín, TvT, 2010, 5, en el link citado antes.

acaban todas estas violaciones del principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos.

En cuanto al estudio de la realidad del colectivo *trans* en Europa el panorama no es muy esperanzador, especialmente, en algunos casos. Utilizando información de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa pone de manifiesto «una situación de incertidumbre legal en lo concerniente a las medidas específicas de protección antidiscriminación para las personas trans» y que esta información, extrapolada al resto de países del Consejo, permite afirmar que la identidad de género no se define específicamente como motivo de discriminación¹⁰.

El informe presta una especial atención a los aspectos más sensibles para el colectivo *trans*, como el reconocimiento legal del género elegido, el cambio de sexo y de nombre, las consecuencias para la familia de las modificaciones de género, el acceso a la atención sanitaria, del acceso al mercado laboral, de la transfobia y la violencia contra las personas *trans*, de la situación de los refugiados y migrantes. Concluye afirmando que «la situación de derechos humanos de las personas trans en Europa no es positiva. Sin embargo, algunos problemas se han reconocido y las ‘buenas prácticas’ están aumentando». Aboga por un remedio: «lo que se necesita particularmente ahora es la promoción de un enfoque de derechos humanos a los retos que enfrentan las personas trans»¹¹.

Hammarberg es especialmente contundente no solo en la necesidad de la prestación sanitaria a las personas *trans*, sino, sobre todo, en los efectos perniciosos de las clasificaciones médicas internacionales en los procesos de diagnóstico en el ámbito europeo: «Tales clasificaciones pueden convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas *trans*, especialmente cuando se aplican como una forma de restringir la capacidad legal o de elección del tratamiento médico»¹². Asimismo, constata que la experiencia de las personas *trans* con los sistemas sanitarios es, más bien, negativa, ya sea por la falta de información o de preparación para el trato con este colectivo¹³. Por estos y otros motivos, el informe de Hammar-

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 25-26.

¹² Se refiere al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) y a la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud (CIE) de la OMS que, en sus diferentes versiones, ha definido la transexualidad como «un trastorno mental», una enfermedad mental o, en el mejor de los casos, «disforia de género». Esta clasificación estigmatizante dio lugar a una campaña internacional *STOP Pathologización* que, finalmente, ha logrado su objetivo de que la transexualidad deje de ser una «enfermedad mental». Hammarberg también recoge la diversidad de posiciones existente dentro del movimiento *trans* entre quienes seguir gozando de la asistencia sanitaria para la reasignación de sexo y entre quienes no la creen imprescindible e, incluso, la rechazan.

¹³ *Ibidem*, pp. 16-17.

berg, fue, como puede suponerse, recibido por los grupos *trans* como una auténtica victoria en el reconocimiento de su situación, en la despatologización de su condición, en la lucha por la no discriminación y por la reivindicación de sus derechos.

El documento *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe* (2011), auspiciado y prologado también por Th. Hammarberg, comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, realiza una importante descripción de la realidad socio-legal de las personas en LGBTIQ en los Estados miembros del Consejo de Europa.¹⁴ A pesar de que hay una constante reclamación en la dificultad de acceder y monitorizar datos sobre la situación de estos ciudadanos europeos, especialmente, en algunos países, el análisis, los comentarios y las conclusiones son muy relevantes, un punto de partida en el conocimiento de la discriminación que sufren y en la posibilidad de poner remedio. En efecto, para la elaboración del trabajo, que se ha centrado en el periodo 2004-2010, se ha contado con la ayuda de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que ha aportado datos de los 27 países de la Unión. Más dificultad ha habido con la información de los otros 20 países. A pesar de todo, con la colaboración de otras agencias, funcionarios, organizaciones no gubernamentales, etc., se llega a interesantes conclusiones. Además, el estudio va acompañado por una serie de recomendaciones realizadas por el comisario Hammarberg.

El documento tiene por objeto el estudio de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género en los estados miembros del Consejo de Europa. Se estructura en varios apartados en los que se analizan las actitudes y las percepciones sociales hacia las personas LGBTIQ; las normas legales y su implementación en cada estado miembro; las situaciones de homofobia y transfobia en las sociedades europeas que da lugar a diferentes manifestaciones de criminalización y violencia (conductas y crímenes de odio, *bullying*, etc.) y, en especial, el problema de los asilados LGBTIQ; igualmente, las posibilidades y los modos de asociarse y de participar en la vida política y social de los países; el reconocimiento o no y protección de su vida privada, de contraer matrimonio, tener o adoptar hijos, etc.; finalmente, su situación en relación con la asistencia sanitaria, el sistema educativo y el acceso al mercado laboral. Todo ello presenta un panorama y nos da un diagnóstico certero en relación a los derechos básicos de las personas LGBTIQ en los Estados miembros del Consejo de Europa: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el derecho a la seguridad personal y familias, los derechos de asociación y de participación, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, a la vida privada y en familia, el derecho a la salud, a la educación y el

¹⁴ En https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf

derecho al trabajo. Especialmente, de las causas de la violación de estos derechos y de las situaciones de discriminación¹⁵.

2.2 Resoluciones del Consejo de Europa sobre la identidad de género

Los diferentes órganos del Consejo de Europa han emitido durante estas primeras décadas del siglo XXI diferentes resoluciones o recomendaciones sobre la cuestión de la identidad de género. Haré referencia a dos: 1) la recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las *Medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, de 31 de marzo de 2010. Y 2) la más importante resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, sobre *Discriminación contra las personas transgénero en Europa*¹⁶.

La recomendación del Comité de Ministros, CM/Rec (2010)5, inicia su discurso con un recordatorio acerca de la unidad y universalidad de los derechos humanos y el firme compromiso con la igual dignidad de todos los seres humanos y el disfrute de los derechos humanos y libertades de todas las personas sin discriminación», y su anclaje en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH), lo que no es una declaración banal en el caso de las personas LGBTIQ, a la que se añade la constatación de otras realidades como la homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación. El Comité de Ministros realiza cinco recomendaciones que son desarrolladas en un anexo al texto. Su objetivo apunta al papel de los Estados en la modificación y revisión de las normas jurídicas, en la toma de datos e información sobre la realidad de las personas LGBTIQ y en las medidas para paliar la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género, su conocimiento y el resarcimiento de la víctima. Sus recomendaciones se extienden a todos los ámbitos de la existencia individual y social de las minorías sexuales: desde la vida privada y familiar, el derecho a la vida y la seguridad personal, los delitos de odio, libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, la no discriminación en la educa-

¹⁵ No debería ser así, pues como todo ciudadano del mundo las personas LGBTIQ deberían gozar de la universalidad de los derechos reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y trasladada a la Carta Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de los Estados miembros.

¹⁶ El colectivo LGBTIQ ha sido objeto de atención de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Junto a la mencionada más arriba, hay que citar también la resolución 2191, de 2017, sobre la *Promoción de los derechos humanos y la eliminación de la discriminación de las personas intersex*, y la 2239, de 2018, sobre *Vida privada y familiar: lograr la igualdad independientemente de la orientación sexual*.

ción, la salud y el empleo, etc.¹⁷. En definitiva, un paso importante en el reconocimiento de la realidad del colectivo LGBTIQ en el ámbito europeo y una relevante toma de postura sobre las medidas que deben tomar los Estados miembros para paliar la discriminación y la violación de los derechos de estas personas.

Más importante ha sido la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, sobre *Discriminación contra las personas transgénero en Europa*¹⁸. Los apartados 1 a 3 de esta Resolución son una constatación y un repudio de la situación a la que se ven sometidas las personas *trans*: de nuevo, se insiste en la discriminación, en los delitos de odio, acoso y violencia física y psicológica, que evidencian una falta de respeto hacia su dignidad personal y un obstáculo a su inclusión social. Igualmente, pone de manifiesto las violaciones de sus derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida privada y a la integridad física. Otro dato importante de esta resolución, realizada por un órgano tan relevante del Consejo de Europa, es su repudio a la consideración de las personas *trans* como enfermos mentales, tal y como, en ese momento la OMS y la APA consideraba a la transexualidad –como «disforia de género»-. Así, el Consejo de Europa se manifestó a favor del movimiento por la despatologización de la transexualidad, muy importante en ese momento y que se logró en 2018.

Además, la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa constató los avances promovidos en algunos países europeos en el reconocimiento legal del género. Señala que algunas legislaciones basan este reconocimiento en «el principio de autodeterminación y no requieren procedimientos largos y complejos ni la participación de médicos o psiquiatras» (parágrafo 5). Cita en concreto el caso de la ley de Malta «que otorga a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género y el derecho a ser tratado e identificado de acuerdo con esta identidad».

Finalmente, la Resolución 2048 (2015) concluye también con un importante elenco de recomendaciones y medidas para los Estados miembros. Estas se estructuran en cuatro bloques (parágrafo 6): 1) En torno a la legislación y la prohibición de la discriminación aplicando el derecho internacional de los derechos humanos, incluida la jurisprudencia del TEDH. 2) En torno al reconocimiento legal del género, con «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, basados en la autodeterminación», en la abolición de la esterilización u otros tratamientos médicos obligatorios. Su recomendación se basa en la tesis de que la transexualidad no es una enfermedad mental y aboga por incluir en los documentos oficiales «una tercera opción al género». 3)

¹⁷ Vid. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a (última consulta: el 22 de febrero de 2021).

¹⁸ Vid. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736> (última consulta: 28 de febrero de 2021).

En torno al tratamiento de reasignación de género y la atención a la salud, accesibles para las personas *trans* y cubiertos por los sistemas públicos de salud. 4) Por último, en torno a asuntos tan importantes como la información, la sensibilización y la formación.

A su vez, el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa también ha aprobado resoluciones en el mismo sentido de las ya descritas de denuncia de la situación y a favor de los derechos de las personas LGBTIQ. En particular, la Resolución 230 (2007), de 26 de febrero, *Freedom of assembly and expresión for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons*, y la Resolución 380 (2015), de 24-26 de marzo, *Guaranteeing lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people's rights: a responsibility for Europe's towns and regions*¹⁹.

En definitiva, el Consejo de Europa, en sus diferentes órganos, ha mostrado en la última década una especial sensibilidad por la situación de las personas LGBTIQ, por las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, denunciando la discriminación y la persecución y acoso por motivos de odio, y por la garantía de sus derechos fundamentales. Pero esta preocupación y este interés vino motivado, entre otras circunstancias, por los cambios en la jurisprudencia del TEDH con las sentencias citadas al principio, el *caso Dudgeon vs. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, para los temas relacionados con la orientación sexual, y el *caso Goodwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, para la identidad de género.

3. EL CASO GOODWIN VS. REINO UNIDO Y SUS DERIVACIONES

3.1 La doctrina del TEDH en materia de identidad de género antes del caso Goodwin

Antes del año 2002, fecha en la cual se produce la importante sentencia del *caso Goodwin vs. Reino Unido*, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la situación de personas transexuales, sobre las obligaciones en la reasignación del sexo, el cambio de nombre y el derecho al matrimonio. Como se ha puesto de manifiesto en diferentes ocasiones, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no recoge un derecho específico que ampare las reivindicaciones de las personas *trans*. Como consecuencia, las reclamaciones ante el TEDH se han justificado bajo el paraguas del artículo 8, que regula el derecho a la vida privada, el 12, el derecho al matrimonio, y el 14, donde se establece el principio general de no

¹⁹ Vid. <https://www.coe.int/en/web/sogi/adopted-texts> (última consulta: 28 de febrero de 2021).

discriminación, aunque en este último no se refleja el motivo de la orientación sexual o la identidad de género como causa de una violación del mismo.

En estos primeros compases, el TEDH se mostró un tanto timorato condicionado por las dudas sobre la definición de la transexualidad, los cambios en la opinión pública y el margen de apreciación de los Estados miembros. El caso es que, en este primer momento, la jurisprudencia europea no acogió las reivindicaciones de las personas *trans*, sobre todo de cambio de nombre en los documentos oficiales y, de paso, sobre el matrimonio, pese a que las autoridades nacionales habían posibilitado y financiado el tratamiento y la operación de reasignación de sexo. Esta circunstancia ha llevado a algún especialista a denunciar el enfoque biologista de la identidad de la visión jurisprudencia apadrinada por el TEDH: «Con anterioridad al caso Goodwin, el TEDH mantiene una concepción estrictamente médica de la identidad sexual en general y del sexo en particular. La discusión sobre el reconocimiento y los efectos jurídicos del cambio de identidad queda supeditada a aquella concepción»²⁰. Claro que este condicionamiento tiene una importante repercusión en los derechos de la persona *trans*, pues, en efecto, si no se produce el reconocimiento legal u oficial del cambio de sexo el titular ve restringidos sus derechos concretos, como es el caso del derecho al matrimonio, a tener o adoptar hijos, la pensión, etc., además de tener importantes consecuencias sobre la identidad, la dignidad y el autorrespeto del individuo, de sus posibilidades de perfeccionamiento, en suma.

Son varias las sentencias anteriores al caso Goodwin que trataron estas reivindicaciones de las personas *trans*, sobre cuestiones de identidad de género²¹. Entre ellas, conviene mencionar las sentencias del caso *Rees vs. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986; la del caso *Cossey vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990; la del caso *B. vs. Francia*, de 25 de marzo de 1992; y la del caso *X, Y y Z vs. Reino*

²⁰ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *Derechos y Libertades*, 38, época II, enero 2018, p. 340.

²¹ Hay diferentes estudios sobre la jurisprudencia del TEDH acerca de la identidad de género: MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto Bartolomé de Las Casas, Madrid, 2015; MANZANO BARRAGÁN, I.; «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-septiembre 2012, pp. 49-78; MERINO SÁNCHEZ, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *cit.*; RUIZ-RUISEÑO MONTOYA, F.; «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, pp. 1-39; SUESS, A.; «Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos», *Derecho y Salud*, vol. 28, 2018, pp. 97-115; SALAZAR, O.; «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, 169, 2015, pp. 75-107.

Unido, de 22 de abril de 1997. El eje central de las peticiones de los demandantes estriba en la reclamación del cambio legal y oficial del nombre y del sexo, es decir, un derecho a la identidad de género, y su repercusión sobre el derecho al matrimonio y a formar una familia.

Las sentencias de los *casos Rees* y *Cossey vs. Reino Unido* son las que determinan la primera jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión de la identidad de género. En ambos casos, los demandantes eran personas transexuales que, tras tratamiento de reasignación sexual, demandaban el cambio legal del nombre y del sexo en los registros y documentos oficiales. Entendieron que la negativa de las autoridades británicas suponía una violación de su vida privada y, por tanto, del artículo 8 del CEDH²². Como ya se ha adelantado, este rechazo gubernamental tenía importantes consecuencias no solo para la definición de su identidad de género, sino también para su vida en general, pues les impedía formalizar una relación matrimonial con sus respectivas parejas. Así, también apuntan a la violación del artículo 12 del CEDH en el que se regula el derecho al matrimonio de los ciudadanos europeos. La clave, no obstante, residía en la primera de las negativas dado que el rechazo al cambio de nombre y de sexo derivaba en imposibilidad de matrimonio de acuerdo con la legislación británica. Esta exigía que el matrimonio se realizase entre un hombre y una mujer.

En concreto, en *el caso Rees*, el demandante se sintió varón, pese a tener «las características físicas y biológicas del sexo femenino», y se sometió a tratamiento médico con hormonas muy pronto²³. Incluso, con el tiempo, empezó un «tratamiento quirúrgico para su transformación sexual física» sufragado por el Servicio Nacional de Sanidad. Los problemas vinieron cuando, sobre la base de que existía un «error», intentó «sin éxito, que el jefe del Registro del estado civil permitiese que se modificase la mención del sexo en su partida de nacimiento», para lo cual presentó, entre otros documentos, un informe médico sobre la definición de los criterios del sexo y su aplicación al Sr. Rees argumentado que el «sexo psicológico» del interesado era decisivo en su identidad sexual. No lo consideró así el Jefe del Registro.

²² Artículo 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás».

²³ Puede consultarse la sentencia del *caso Rees* en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdata%22:\[%221986-10-17T00:00:00.OZ%22,%221986-10-17T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdata%22:[%221986-10-17T00:00:00.OZ%22,%221986-10-17T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-57564%22]}) (última consulta: 5 de marzo de 2021).

El TEDH muestra un específico conocimiento de la realidad transexual, de su definición y de los tratamientos médicos y quirúrgicos a los que se someten para «conseguir una identidad coherente y menos ambigua». También de las consecuencias para el matrimonio, el desempeño de algunos puestos de trabajo y para los derechos de jubilación. Sin embargo, la opinión mayoritaria no considera que la negativa al cambio de nombre y sexo en el registro suponga una violación del artículo 8 CEDH, pues ello supondría imponer al Reino Unido un régimen distinto al vigente «para la determinación y la inscripción del estado civil». El margen de apreciación de los Estados, en este caso, del Reino Unido, avala el que sean las autoridades nacionales las que establezcan el «modelo de documentación que refleje y pruebe el estado civil actual». «Los gobernantes británicos, al utilizar su margen de apreciación, tienen derecho indiscutible a tener en cuenta la situación de su patria para resolver qué medidas deben tomarse». En consecuencia, dado que el funcionario del registro civil actuó de acuerdo a la legislación vigente y no se lo puede imponer al gobierno británico ni un cambio de modelo, ni entra en las obligaciones positivas del artículo 8 la protección de los intereses de los transexuales, el Reino Unido no violó el derecho a la vida privada del Sr. Rees.

Similares argumentos a los utilizados en la respuesta a la demanda del sr. Rees, van a ser empleados en la sentencia que resuelva el *caso Cossey vs. Reino Unido*. En este supuesto, la demandante es una mujer transexual que se sometió a un tratamiento de reasignación de sexo y que pretendió formalizar con el matrimonio la relación con su pareja. El funcionario del Registro General informó que, pese a todo, el matrimonio sería nulo, puesto que la legislación británica requería que dicha institución fuese realizada por un hombre y una mujer. El jefe del Registro Civil denegó un certificado de nacimiento en el que constara que era de sexo femenino dado que se le registró en su día como hombre. La Sra. Cossey entendió que esta situación vulneraba su vida privada y su derecho a la identidad personal y alteraba también su estabilidad psíquica y emocional. Y así se lo manifestó al TEDH.

El Tribunal aplica la doctrina del *caso Rees* a la demanda de la sra. Cossey, no apreciando diferencias sustanciales. Por un lado, el TEDH manifiesta que no ha tenido noticia de «ningún progreso científico importante en el intervalo» en relación con la transexualidad. Por otro, tampoco ha variado sustancialmente el panorama normativo entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Por el contrario, constata que, en línea de la resolución de la Asamblea Parlamentaria de 12 de septiembre de 1989, siguen existiendo notables diferencias en la regulación de los derechos de las personas *trans* y, en particular, de su derecho a la identidad de género. «Por tanto, se trata de un campo en el que todavía los Estados contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutan de un amplio margen de apreciación (sentencia

Rees, p. 15, apartado 37)»²⁴. Incluso, el Tribunal señala, como una especie de atenuante, el que el Reino Unido ha favorecido y sufragado los tratamientos médicos y quirúrgicos y, además, ha facilitado documentos oficiales (carné de conducir, pasaporte, etc.) en los que reflejaba su identidad sexual psicológica, paliando así las molestias ocasionadas a las personas transexuales por su falta de reconocimiento en el registro civil.

Lo más notorio del *caso Cossey vs. Reino Unido* es la emisión de un voto particular por el juez Martens, quien parte del conocimiento y de la descripción de las vivencias de los transexuales, «ese pequeño y trágico grupo de desgraciados, afligidos por la convicción de pertenecer al sexo opuesto, sentimiento al mismo tiempo incurable e irresistible» (¿?). Al margen de este inoportuno comentario, lo cierto es que en el largo voto particular se encuentran mimbres para disentir de la opinión mayoritaria y para resolver de forma distinta. De alguna manera, se apunta lo que ya será el sentido de la sentencia del *caso Goodwin*. El juez Martens, después de todo, defiende que, en los casos de los transexuales, «la nueva identidad adquirida de esta manera (hormonal y operación de transformación genital) no solo se debe reconocer por la sociedad, sino también por la legislación». Y es que el juez Martens señala la importancia de estos tratamientos para el «renacer» de la persona que solo tienen sentido pleno si la ley reconoce su nueva identidad sexual. En consecuencia, reclama una lectura de las obligaciones negativas y positivas derivadas del artículo 8 del CEDH que conduzca al reconocimiento legal de la nueva identidad de la persona *trans*. En suma, el TEDH debería haber resuelto el *caso Cossey* restringiendo el ámbito de apreciación de los Estados y no al revés.

Hasta la total consolidación de esta lectura del artículo 8 CEDH, el TEDH resolvió más casos de reclamaciones de personas *trans* siguiendo la línea argumentativa ya expuesta, aunque con importantes variaciones. En el *caso B. vs Francia*, no obstante, se observa que la reclamación y los argumentos van variando. En efecto, la demandante alega los avances en las investigaciones científicas sobre el origen de la transexualidad, así como sobre los cambios en la percepción social de la imagen de las personas *trans*. Como el mismo TEDH reconoce, es «innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al problema del transexualismo». Vista con un poco de distancia, esta sentencia no deja de ser una vía de transición a lo que se asentará en la sentencia del *caso Goodwin* pues, después de esta declaración, concluye que la

²⁴ Puede consultarse la sentencia del *caso Cossey* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kpdata%22:%5B%221990-09-27T00:00:00.OZ%22,%221990-09-27T00:00:00.OZ%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57641%22%5D%7D> (última consulta: 6 de marzo 2021).

demandante «se encuentra cotidianamente colocada en una situación global incompatible con el respeto debido a su vida privada. Así, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional, existe ruptura del justo equilibrio que hay que establecer entre el interés general y los intereses del individuo, por lo tanto, hubo infracción del artículo 8». El Estado tiene medios suficientes para poner remedio a estas situaciones y el TEDH no es el órgano que debe indicar cuál es el más oportuno²⁵. En fin, un paso más en la vía del cambio de orientación doctrinal sobre la cuestión de la identidad de género.

El cambio debería esperar pues el *caso X, Y y Z vs. Reino Unido* tenía unas características diferentes a las anteriores y el TEDH dejó escapar esta oportunidad. Se trataba de enfrentarse a una cuestión concerniente a la relación paterno-filial y el TEDH recuperó la vieja idea del «ámbito de apreciación» de los Estados contratantes para no entrar a valorar la importancia de las relaciones afectivas entre padre e hijo en los supuestos de que uno de ellos sea transexual. Así, declaró que «el Tribunal afirma que el artículo 8 no parece implicar que el Estado tenga la obligación de establecer como padre de un niño a una persona que no es su padre biológico»²⁶. Lamentable decisión que llevada en este punto a sus últimas consecuencias podría ser muy perjudicial en los supuestos de adopción. Al mismo tiempo, muestra una concepción de la familia muy tradicional. En fin, el TEDH refuerza con esta decisión el enfoque binario del sexo y las categorías jurídico-políticas más rancias, quebrando la posibilidad de una apertura a los derechos de las personas *trans* y a una visión adecuada del concepto de identidad de género²⁷.

3.2 El cambio doctrinal en materia de identidad de género: el caso *Goodwin*

No obstante, como ya ha sido adelantado, pronto vendría un importante giro doctrinal en la jurisprudencia del TEDH. Este cambio vendría al hilo de la sentencia al *caso Goodwin vs. Reino Unido* y al *caso I. vs. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, con el mismo

²⁵ Puede verse el *caso B vs. Francia* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%2C%22kdate%22:%5B%221992-03-25T00:00:00.0Z%22%2C%221992-03-25T00:00:00.0Z%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57770%22%5D%7D> (última consulta: 6 de marzo de 2021).

²⁶ Puede ver la sentencia del *caso X, Y y Z vs. Reino Unido* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%2C%22kdate%22:%5B%221997-04-22T00:00:00.0Z%22%2C%221997-04-22T00:00:00.0Z%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-58032%22%5D%7D> (última consulta: 6 de marzo de 2021).

²⁷ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *cit.*, pp. 340 y 341.

contenido argumentativo y mismo fallo. En estos casos, el TEDH inicia la senda de reconocimiento de que los Estados violan el artículo 8 de la CEDH cuando, después de asegurar los tratamientos médicos y quirúrgicos de los transexuales, no garantizan la oportuna modificación del sexo, del nombre y de la identidad legal en el registro civil. A partir de este punto, los magistrados sacarán paso a paso las conclusiones más relevantes para el reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales.

Pero, ¿qué es lo que ha sucedido para que el Tribunal imprima este giro en, aparentemente, tan poco tiempo? Varios elementos confluyen, como veremos, en el cambio doctrinal. Con todo, parece ser decisiva la constatación de que los debates en la ciencia médica no alcanzaban un consenso sobre la transexualidad, especialmente, la polémica sobre su consideración o no como enfermedad, pero que, no obstante, se estaba produciendo un cambio importante en la percepción social y en la opinión pública de las sociedades europeas. De hecho, la calificación de la transexualidad como disforia de género originó desde principios del siglo XXI un poderoso movimiento social y global en su contra y en favor de la despatologización, que alcanzaría su momento álgido en 2012 y el éxito final en 2018.

El caso *Goodwin*, aunque la resolución sea distinta, es muy similar a los supuestos ya analizados y resueltos por el TEDH²⁸. Se trata de una transexual que quiere vivir como mujer, desde su vida privada, sus relaciones hasta el derecho a la jubilación y que, sin embargo, ve obstaculizadas sus pretensiones porque, a efectos legales, sigue siendo considerada como un hombre. El último episodio que motiva su demanda tiene que ver con su deseo de jubilación y de disfrutar de la correspondiente pensión. Como mujer hubiera podido jubilarse a los 60, pero, como no se le permite en el registro civil el cambio de identidad y sigue siendo considerada como un hombre, su edad de jubilación es a los 65 años. Todo derivó en una situación absolutamente kafkiana. Como no quería que su empleador conociese su condición de *trans*, acabó pactando con los funcionarios de la seguridad social el pago directo de las cotizaciones durante esos cinco años. Al conservar su número del seguro, el que poseía como varón, su empleador hubiera podido enterarse de su condición de transexual, lo que para la demandante ha «supuesto una fuente de molestias y humillaciones».

Lo curioso del caso es también que los tratamientos de reasignación del sexo fueron sufragados por el Servicio Nacional de Salud. A pesar de ello, ni las autoridades ni el derecho inglés autorizaron el cambio legal de la identidad de género con las consecuencias consta-

²⁸ La STEDH del caso *Goodwin vs. Reino Unido* puede verse en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdata%22:\[%222002-07-11T00:00:00.OZ%22,%222002-07-11T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-60596%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdata%22:[%222002-07-11T00:00:00.OZ%22,%222002-07-11T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-60596%22]}) (última consulta: 10 de marzo de 2021).

tadas por el propio TEDH de «grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que le provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad».

El *caso I vs. Reino Unido* tiene muchas similitudes con el *caso Goodwin*²⁹ De ahí que el TEDH elaborará también una sentencia similar publicadas ambas el mismo día, el 11 de julio de 2002. La demandante es una mujer transexual que realizaba trabajos de enfermera dental para el ejército. Empezó a tener problemas laborales cuando le pidieron en sucesivos trabajos su certificado de nacimiento, en el que aparecía que era varón. Igualmente, los problemas aparecieron cuando decidió solicitar una pensión ocasionada por una enfermedad, donde también le solicitaron el mismo certificado. En suma, la demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y de sus consecuencias para la obtención de empleo, para el acceso a una pensión y para contraer matrimonio. En definitiva, como en el *caso Goodwin*, el *caso I* afecta a una mujer transexual que ha realizado la reasignación del sexo en el seno del Servicio Nacional de Salud, sufragado con presupuesto público y que, sin embargo, las autoridades no reconocen las consecuencias jurídicas de dicho cambio. Lo que contrasta con la vida ordinaria de la mujer y con la aceptación social de su condición.

En relación a la violación del artículo 8 CEDH, el derecho a la vida privada, el TEDH se pronuncia en parecidos términos que en el *caso Goodwin*. Considera que no ha habido grandes cambios científicos en el estudio de la transexualidad y, en particular, sobre sus causas. Sin embargo, lo significativo es el hecho de que ha cambiado la opinión pública mundial sobre la condición de la transexualidad. Vuelve a insistir en que «existen elementos claros e irrefutables que muestran una tendencia internacional continua no solamente a la aceptación social creciente de los transexuales, sino también al reconocimiento de la nueva identidad sexual de los transexuales operados».

Es importante tener en cuenta que el TEDH subraya que el fundamento del CEDH es la dignidad y la libertad del hombre y, en particular, la idea de la autonomía personal es la piedra angular del concepto de vida privada. E implica que «la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los derechos de su identidad como ser humano». El TEDH reafirma el derecho de los transexuales, como todos los demás seres humanos, al derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral.

El TEDH considera que el reconocimiento al cambio en la identidad oficial puede conllevar obstáculos y problemas en su materialización, pero cree que no son insalvables. De hecho, «el Tribunal consi-

²⁹ La SETDH del *caso I vs. Reino Unido* puede verse en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60595%22%5D%7D> (última consulta: 12 de marzo de 2021).

dera que se puede exigir razonablemente que la sociedad acepte ciertos inconvenientes con el fin de permitir a las personas que vivan en la dignidad y respeto, conforme a la identidad sexual que hayan elegido a costa de grandes sufrimientos». Consta luego que, mientras la ciencia y la sociedad han ido evolucionando en la consideración de la transexualidad, el Estado demandado no lo ha hecho pese a estar incurso en numerosos pleitos por esta cuestión y habérselo requerido el Tribunal. En consecuencia, el Estado ya no puede invocar el argumento del margen de apreciación en esta materia. Además, el TEDH, por primera vez, tiene en cuenta la incongruencia de que un mismo Estado financie y coadyuve a los tratamientos de reasignación de sexo, es decir, a lograr la identificación entre sexo asignado y sexo sentido, e impide el pleno reconocimiento de la identidad de la persona con el cambio en los documentos oficiales. El TEDH, en fin, realiza una tarea de ponderación con estos elementos para concluir que «la noción de justo equilibrio inherente al convenio hace que la balanza se incline inequívocamente a favor de la demandante».

Como se ha puesto de manifiesto, el TEDH estuvo muy atento a los cambios en la percepción internacional de la transexualidad de manera que promovió una interpretación dinámica del artículo 8 CEDH favorable a las personas transexuales. Se percató –conviene volver a insistir–, en la cada vez mayor aceptación de la transexualidad en la sociedad europea y en los movimientos sociales internacionales³⁰.

Igualmente, ambas sentencias son decisivas en el cambio sobre el reconocimiento legal de la identidad sexual de los transexuales, pero también lo son en la modificación de la postura del TEDH en relación a la institución matrimonial (art. 12 CEDH). Si hasta la fecha consideraba que el matrimonio como derecho a contraerlo entre un hombre y una mujer, ahora, en el 2002, ya no lo tiene tan claro: «el Tribunal no está convencido de que se pueda seguir admitiendo en la actualidad que estos términos impliquen que el sexo se deba determinar según criterios puramente biológicos». La institución del matrimonio ha sufrido también cambios como lo han hecho otras facetas de la vida social al hilo de las mutaciones que se producen en las sociedades modernas. De nuevo, el TEDH recurre al argumento de que los Estados no tienen un margen absoluto de apreciación tal que impida a una persona transexual contraer matrimonio con otra persona de otro sexo de manera que «el Tribunal no aprecia ninguna razón que justifique que se prive a los transexuales del derecho a contraer matrimonio bajo ninguna circunstancia».

En suma, con los *casos Godwin e I vs Reino Unido*, el TEDH, que hasta ese momento había sido considerado como una instancia judicial de corte muy tradicional, da un giro importante a la doctrina sobre

³⁰ MANZANO, I.; «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *cit.*, p. 70.

el tratamiento jurisprudencial de la transexualidad que va a tener importantes consecuencias, pues no solo afectaba a esta materia. También va a influir al contenido mismo del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH y a los poderes de los Estados, a su ámbito de apreciación y a sus obligaciones negativas y positivas: «asimismo, las sentencias en los *casos Goodwin e I* mostraron cómo el Tribunal no entendió el derecho al respeto de la vida privada únicamente como la obligación negativa de los Estados partes del Convenio de interferir en el disfrute de dicho derecho, como ha hecho tradicionalmente en relación con la homosexualidad masculina. Por el contrario, el Tribunal reconoció la existencia de obligaciones positivas de los países miembros del Consejo de Europa a la hora de garantizar el respeto de los derechos de las personas transexuales, tales como la obligación impuesta a las autoridades británicas de modificar el registro civil de los transexuales»³¹.

3.3 Repercusiones jurisprudenciales y proyección de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido*

3.3.1 EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LOS TRANSEXUALES CON POSTERIORIDAD A LOS CASOS *GOODWIN E I VS. REINO UNIDO*

La apertura de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido* a la identidad de género como espacio protegido abrirá también el campo de protección de los derechos de las personas *trans* a otros ámbitos de los derechos y de las libertades fundamentales de CEDH. A partir de este momento, la sensación es que la mención al principio de no discriminación, al artículo 14 CEDH, tendrá una menor relevancia, aunque se seguirá alegando. No obstante, el fondo de los argumentos se fundará en las apreciaciones desarrolladas en la aplicación del artículo 8, el derecho a la vida privada.

El giro doctrinal de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido*, principalmente, se basó en una doble apreciación. En primer lugar, el TEDH llegó a la conclusión de que el concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH incluye los aspectos relacionados a la identidad sexual y, dentro de estos, la transexualidad. Es este un importante paso, pues con esta interpretación vincula la identidad sexual con los valores de libertad y de dignidad humana que, como repite constantemente, son el fundamento de la misma Convención. En segundo lugar, el TEDH entiende, en consonancia con otra línea jurisprudencial, que el «respeto» a la vida privada implica tanto obligaciones negativas como positivas para los Estados. Obligaciones negativas de no injerencia al esti-

³¹ *Ibidem*, p. 72.

lo de los derechos y libertades liberales de la primera generación³². Y obligaciones positivas, más propias del Estado social de Derecho. La novedad reside en que el TEDH entra a precisar y a detallar en qué consisten estas obligaciones positivas de los Estados limitando el margen de apreciación de las autoridades nacionales. Precisamente, lo que reafirma es la obligación de los Estados al reconocimiento jurídico de los cambios en la identidad de género de los transexuales, máximo cuando la reasignación del sexo que ha sufragado con cargo al presupuesto de Servicio Nacional de Salud. A estas dos consideraciones hay que añadir la valoración positiva del TEDH de las modificaciones normativas que se están produciendo en los Estados miembros, producto, además, de la apreciación favorable de la opinión pública europea hacia la transexualidad.

Con posterioridad a estos casos, siguieron presentándose litigios reclamando el reconocimiento de la identidad de género de personas *trans*, aunque la línea argumentativa ya estaba determinada. Entre las reclamaciones más llamativas está la del caso *L. vs. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007³³. En este caso, el TEDH aprecia una laguna en la legislación lituana que reconoce el derecho a cambiar el sexo e, incluso, el estado civil a los transexuales. Sin embargo, Lituania carecía de una ley que regulara la operación completa de cambio de sexo. Así, el demandante, que estaba en medio de la transición de mujer a hombre, pudo cambiar algunos documentos oficiales, pero no el registro civil, pues no tenía medio de concluir el proceso de reasignación sexual. El TEDH aprovecha la oportunidad para reafirmar «el pequeño margen de apreciación de los Estados en este campo» y justificar la obligación positiva de «implementar el reconocimiento del cambio de sexo tras la operación de los transexuales, *inter alia*, de la enmienda de los datos de su estado civil, con sus consecuencias consiguientes» (par. 56).

Otro litigio muy especial es el caso *H vs. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012³⁴. En este supuesto, el reconocimiento de la nueva identidad de género de la persona transexual se encuentra ligado al vínculo matrimonial en un nudo gordiano que el TEDH no supo rom-

³² Para un conocimiento más detallado de la noción jurídica de «intimidad» o «vida privada», como «el derecho a estar solo», Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Aranzadi, 1993 y «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016, pp. 409-430.

³³ Puede verse la sentencia del caso *L. vs. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kdate%22:\[%222007-09-11T00:00:00.0Z%22,%222007-09-11T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-82243%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kdate%22:[%222007-09-11T00:00:00.0Z%22,%222007-09-11T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-82243%22]}) (última consulta: 14 de marzo de 2021).

³⁴ Puede verse la sentencia del caso *H. vs. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kdate%22:\[%222012-11-13T00:00:00.0Z%22,%222012-11-13T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-114486%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kdate%22:[%222012-11-13T00:00:00.0Z%22,%222012-11-13T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-114486%22]}) (última consulta: 15 de marzo de 2021).

per. En efecto, la persona transexual H nació hombre, aunque siempre se sintió mujer. Se casó con una mujer y tuvo un hijo. Con el tiempo, inicia un proceso de reasignación de sexo e, incluso, solicita y consigue el cambio del género en algunos documentos oficiales. El reconocimiento oficial de su nueva identidad de género no fue posible porque la legislación finlandesa, *the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual*, exige en los casos de matrimonio para el cambio de sexo y de género el consentimiento de la pareja. La esposa no dio el consentimiento, pues, según la misma legislación, la consecuencia en su relación era que el matrimonio se convertía en civil y ella era una persona de profundas creencias religiosas. La alternativa era, pues, o bien se divorciaban, lo que iba contra los sentimientos de la cónyuge, o bien la demandante no podía cambiar su identidad de género. El litigio tiene así por objeto un conflicto entre el artículo 8 CEDH, el derecho a la vida privada y a la propia identidad, y el 12, el derecho al matrimonio.

El TEDH consideró que no hubo violación del derecho a la vida privada pues, en cualquier momento, la demandante podía modificar su nombre e identidad de género con tal que su esposa diese su consentimiento, aunque ello supusiese la transformación del matrimonio religioso en uno civil. Las otras alternativas eran el divorcio o el mantenimiento de la situación con la particularidad de tener que «tolerar las molestias causadas por su número de identidad masculino». El TEDH no consideró desproporcionada la actuación de las autoridades finesas, ni perjudicial su legislación, pues la demandante podía adquirir la nueva identidad en cualquier momento con tal de que la esposa diese su consentimiento.

Un caso parecido al descrito fue el del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014. Mismos hechos y mismo Estado, y misma legislación. El TEDH no supo o no quiso romper el nudo gordiano de la exigencia legal del consentimiento de la mujer en caso de matrimonio y las horcas caudinas de o divorcio o unión civil, pues el derecho finés no reconoce el matrimonio entre homosexuales.

3.3.2 DE LA AUTONOMÍA PERSONAL A LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

La apelación a la «autonomía personal», en los *casos Goodwin e I.*, como parte de la vida privada y último fundamento del reconocimiento legal de la identidad de género de las personas *trans* acabará derivando en la justificación, a su vez, de «el derecho al respeto a la autodeterminación sexual como uno de los aspectos del derecho al respeto a la vida privada». Tal es el importante paso que el TEDH da en el *caso Van Kück vs. Alemania*, del 12 de junio de 2003, un año después de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*.

En el caso *Van Kück vs. Alemania*, el objeto del litigio es diferente a los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*³⁵ Se trata de una reclamación contra la aseguradora que no financia los gastos del tratamiento de reasignación del sexo a pesar de que el sistema público de salud de Alemania financiaba las operaciones pertinentes. En su petición, la demandante presentó los informes psiquiátricos que avalaban su transexualidad y la necesidad de realizar los tratamientos médicos y quirúrgicos de cambio de sexo. La compañía de seguros tomó la decisión desfavorable al pago de los gastos en base a otros informes psiquiátricos que no recomendaban dichos tratamientos. El Tribunal Regional de Berlín, ante el cual reclamó la demandante, dio la razón a la empresa aseguradora justificando su decisión en unos informes psiquiátricos que afirmaban que la transexualidad era una enfermedad mental, que las operaciones de reasignación del sexo eran uno de los tratamientos de esta enfermedad y que, en el caso estudiado, no era necesario para curar la transexualidad del solicitante.

El TEDH rebatió estos argumentos. En primer lugar, dio la razón a la demandante en su petición de violación del artículo 6 del CEDH, en el que se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, el derecho a una audiencia judicial justa. El Tribunal interpretó que los órganos jurisdiccionales alemanes habían violado este último derecho de la demandante al recurrir a informes psiquiátricos no alegados en el proceso y al interpretar sin justificación clara la noción de «necesidad de tratamiento médico» recogida en la legislación alemana. Además, consideró que se había violado el artículo 8 CEDH. El TEDH reitera el argumento de que la «vida privada» es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva, pero en el cual se engloba la integridad física y social de la persona, así como la orientación sexual y la identidad de género, el nombre y el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer relaciones con otras personas. Igualmente, el TEDH recuerda los argumentos de los casos *Goodwin e I vs. Reino Unido* de que la libertad y la dignidad humana son el fundamento de la CEDH que, en el caso de los transexuales, protege su derecho al desarrollo personal y a su integridad física y moral. Pero, lo más relevante de esta argumentación reside en que el TEDH recoge la tesis de que «la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a las garantías» del artículo 8 CEDH. Lo que, aplicado al caso *Van Kück*, le conduce a afirmar que lo importante de la petición de la demandante no es el reembolso de los gastos de reasignación sexual, sino «el impacto de las decisiones judiciales en el derecho de la demandante al respeto de su autodeterminación sexual

³⁵ Puede verse la sentencia del caso *Van Kück vs. Alemania* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kdate%22:%5B%222003-06-12T00:00:00.OZ%22,%222003-06-12T00:00:00.OZ%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61142%22%5D%7D> (última consulta: 14 de marzo de 2021).

como uno de los aspectos de su derecho al respeto a su vida privada» (párrafo 78).

El TEDH da, pues, un paso importante en la justificación de un derecho a la libre autodeterminación de género, en la medida en que trasciende la referencia a la autonomía personal como un aspecto del derecho a la vida privada y lo concreta en la idea de la autodeterminación sexual antes mencionada. Aunque todavía en la redacción de la sentencia del *caso Van Kück*, el significado y contenido de este derecho son imprecisos, sin embargo, el TEDH justifica así la obligación positiva de los Estados de cargar con los gastos de los tratamientos de reasignación del sexo. Como ha afirmado V. Merino en relación a esta aportación del *caso Van Kück* a la configuración de los derechos de las personas *trans*, de lo anterior, «no se desprende la posibilidad de establecer un concepto claro de autonomía que permita a las personas determinar su identidad de género –ni, por tanto, un derecho de autodeterminación–, aunque sí una concreción de las obligaciones frente a terceros, también contractuales. En definitiva, el TEDH comienza a concretar un posible significado de la autodeterminación cuando sugiere que cada persona puede decidir libremente si inicia un procedimiento de cambio de identidad y establece que es obligación de los Estados garantizar que el proceso se lleve a cabo al margen de intereses económicos y/o privados»³⁶.

3.3.3 DE LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS Y POSITIVAS DE LOS ESTADOS

Inicialmente, el TEDH interpretó el derecho a la vida privada como un derecho de libertad, es decir, como un derecho que protegía el espacio íntimo de las injerencias de los poderes públicos o de terceros. Esta interpretación fue objeto de aplicación en los primeros casos sobre identidad de género de personas transexuales, pero, una vez que dio el paso de considerar que los Estados debían garantizar jurídicamente el cambio de nombre, de sexo y de género, el TEDH entró a valorar la importancia de las obligaciones positivas en esta materia. Paso a paso, fue perfilando los aspectos de estas obligaciones positivas. La sentencia del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, resulta fundamental en la configuración final de los compromisos de los Estados y en la definición de sus «obligaciones positivas»³⁷.

En este caso, como en los similares, el TEDH afirma que las obligaciones positivas inherentes al concepto de «respeto» de la vida pri-

³⁶ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *cit.*, p. 349.

³⁷ Puede verse la sentencia al *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdate%22:\[%222014-07-16T00:00:00.OZ%22,%222014-07-16T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-145768%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdate%22:[%222014-07-16T00:00:00.OZ%22,%222014-07-16T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-145768%22]}) (última consulta: 18 de marzo de 2021).

vada carece de nitidez. No obstante, señala una serie de «elementos relevantes para la valoración del contenido de las obligaciones positivas de los Estados: por ejemplo, la importancia de los intereses en juego u otros elementos que tienen que ver con los «valores» o «aspectos esenciales» de la vida privada, el impacto sobre la interesada de un conflicto entre la realidad social y el derecho, la coherencia de la práctica administrativa y la jurídica, etc. (apart. 66). En suma, en lo que se refiere a las obligaciones positivas, las autoridades nacionales tienen un «cierto margen de apreciación» que, según los términos de la sentencia del *caso Hämäläinen*, son más amplios cuando no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre cómo proteger los intereses en juego o si la cuestión plantea conflictos morales (apart. 67). En fin, el margen de apreciación de los Estados es amplio cuando tienen que realizar una labor de ponderación entre los intereses públicos y privados en conflicto.

Esta argumentación del TEDH en la que establece con bastante laxitud los límites de apreciación de las autoridades nacionales, como puede suponerse, avanza la decisión final del *caso Hämäläinen* a favor de la legislación finesa. Como afirma en el apartado 71, el Tribunal, en base a la distinción entre obligaciones negativas y positivas de los Estados y el menor o mayor margen de apreciación en cada caso, no puede imponer la obligación de modificar la legislación para permitir el matrimonio entre homosexuales, que hubiera resuelto más fácilmente el conflicto moral entre la demandante y su cónyuge. No lo puede hacer, según su argumentación, pese a que diez Estados del Consejo de Europa, en ese momento, ya reconocían la posibilidad del matrimonio homosexual. Se ampara en el hecho de que «no puede decirse que haya a nivel europeo un consenso» sobre esta cuestión. No habiendo acuerdo y dado que implica dilemas morales y éticos, es, pues, amplio el margen de apreciación del Estado. No solo eso, sino que, además, en opinión del TEDH, de acuerdo a la legislación finesa, la demandante y su cónyuge no verían mermados sus derechos en el caso de que optasen por la modificación de su vínculo matrimonial en favor de lo previsto el ordenamiento jurídico que es una unión civil. No parece que este sea un juicio muy convincente.

3.3.4 EL DERECHO AL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

En *el caso Goodwin*, así como en *I. vs. Reino Unido*, la argumentación favorable a la identidad de género en los documentos oficiales tuvo ya una importante derivación en el reconocimiento también del derecho al matrimonio para las personas *trans*. El derecho al matrimonio se encuentra regulado en el artículo 12 del CEDH y es definido como el derecho de un hombre y una mujer a casarse. Hasta esa fecha, el TEDH había mantenido una defensa del «matrimonio tradicional» con una interpretación literal del derecho a casarse de un hombre y una mujer. Este fue el fundamento de la decisión de los casos *Cossey*

y *Rees vs. Reino Unido* una vez resuelta la cuestión acerca de la no violación del artículo 8 CEDH por parte de los Estados, al no reconocer oficialmente la nueva identidad de género de las personas transexuales.

Sin embargo, el TEDH, en las sentencias del 2002, sigue la senda de la realización de una interpretación dinámica y flexible del articulado del CEDH y cambia, como hemos visto, la doctrina jurisprudencial sobre los artículos 8 y 12 de este texto. Como afirma el propio TEDH, por un lado, la institución del matrimonio se ha transformado profundamente, al mismo tiempo que también evolucionaba la sociedad y la opinión pública europea. Lo más importante es que esta ya no considera imprescindible que los sujetos del matrimonio deban ser un hombre y una mujer. El TEDH asume, pues, este enfoque más actual.

Por otro lado, en consonancia con la argumentación sobre la identidad de género, el TEDH constata que, a pesar de que los tratamientos médicos y quirúrgicos de la reasignación del sexo no supone la asunción de todos los rasgos biológicos del hombre o de la mujer, sin embargo, la ciencia médica ha evolucionado en el conocimiento de la transexualidad y que esta no puede suponer un obstáculo en el reconocimiento jurídico de la nueva identidad de género.

En *Goodwin* y en *I.*, el TEDH argumenta que, si bien los Estados tienen un cierto margen de apreciación –ya escaso después de estas sentencias– en el establecimiento de los requisitos formales para el reconocimiento jurídico de la nueva identidad del género, sin embargo, una vez realizado este correctamente, ya no hay ninguna justificación para la privación del derecho al matrimonio de las personas transexuales. En consecuencia, se reconoció este derecho en dichas sentencias. Como se observa, el TEDH abandona así el enfoque biologista, la idea de que el matrimonio solo puede ser contraído por un varón y una hembra, en favor de una concepción más abierta de la que pueden beneficiarse también homosexuales y personas *trans*.³⁸

Lo que se puede observar es que, como en los supuestos ya vistos, la cuestión central del litigio es el reconocimiento o no de la nueva identidad de género. En cuanto se alcanza una solución legal, proporcionada y acorde con los criterios establecidos en los casos ya vistos, el TEDH resuelve con rapidez el conflicto en torno al artículo 12 CEDH, el derecho al matrimonio.

3.3.5 SOBRE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

Una derivación de la formalización del matrimonio o, mejor, de las rupturas o divorcios es el importante aspecto de las relaciones de las personas transexuales con sus hijos. El TEDH tuvo la oportunidad de tratar esta cuestión en el *caso p. V. vs. España*, de 30 de noviembre

³⁸ *Ibidem*, p. 344.

de 2010³⁹. La demandante transexual estuvo casada y de su matrimonio tuvo un hijo. El convenio regulador de la separación matrimonial estableció un régimen de visitas, con guarda y custodia de la madre y patria potestad compartida. Pasado un tiempo de la separación, la demandante inicia el tratamiento de reasignación de sexo. La exmujer, a continuación, promueve un proceso de revisión de las medidas pactadas, con el objetivo de privar a la demandante de la patria potestad y del régimen de visitas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de privación de la patria potestad y limitó el régimen de visitas. La demandante recurre, alegando violación de su vida privada y discriminación por su transexualidad.

Sin embargo, el TEDH consideró que no se había producido tal violación en la relación entre los artículos 8 y 14 del CEDH, que no se había producido una discriminación basada en su transexualidad, sino que se debía «a la inestabilidad emocional de la demandante», avalada por un informe pericial. En suma: «En opinión del Tribunal, el razonamiento de las decisiones judiciales da lugar a pensar que la transexualidad de la demandante no fue un motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial. Fue el interés superior del menor el que primó en la adopción de la decisión».

3.3.6 SOBRE LA EDAD DE LA JUBILACIÓN Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

El reconocimiento oficial, o no, de la nueva identidad de género ha tenido y tiene una importante repercusión en la edad de la jubilación y, en consecuencia, en el derecho a la pensión. Este aspecto ha afectado especialmente a las personas transexuales, especialmente en aquellos Estados en los que la edad de jubilación varía según si se es hombre o mujer. Tras el cambio doctrinal de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la edad de la jubilación y el derecho a la pensión en el *caso Grant vs. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006, y en el *caso Schlumpf vs. Suiza*, de 8 de enero de 2008.

En el *caso Grant vs. Reino Unido*, el certificado de nacimiento de la demandante la declara como varón, a pesar de que se sometió a tratamiento de reasignación de sexo y vivía como mujer. De hecho, figuraba como tal en la tarjeta de la Seguridad Social y pagaba sus cuotas de seguro y fondos de pensiones de acuerdo a su condición femenina. Al ir a jubilarse a la edad de las mujeres en el Reino Unido –los 60 años–, sin embargo, el funcionario competente deniega el derecho a la jubilación por haberla solicitado «demasiado pronto», pues la edad correspondiente a los varones es de 65 años. La demandante apeló la decisión recibiendo una respuesta desfavorable.

³⁹ Puede verse la sentencia del *caso p. V. vs. España*, de 30 de noviembre de 2010, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-102597%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-102597%22]}) (última consulta: 15 de marzo de 2021).

Entre tanto, cumplió los 65 años y, además, el gobierno británico, tras las sentencias ya vistas de los *casos Goodwin e I.*, cambia en 2004 el ordenamiento jurídico interno y permite el reconocimiento oficial de la nueva identidad de género a las personas transexuales. La demandante consigue finalmente el certificado con el cambio solicitado al amparo de la Ley de Reconocimiento de Sexo de 2004. Pero el litigio no concluyó aquí, pues, a la vista de la documentación oficial como mujer, solicitó que le abonaran las cantidades no pagadas de la pensión a la que hubiera tenido derecho si se le hubiera reconocido como tal en su momento y, por tanto, hubiera gozado de su derecho a la jubilación a los 60 años.

Pues bien, en este caso como en los otros anteriores, el TEDH decidió que había habido violación del derecho de la demandante a la vida privada recogido en el artículo 8 CEDH, es decir, que el Reino Unido debería haber reconocido con anterioridad la reasignación sexual y el cambio de género, pero no concedió el derecho al pago de la pensión que hubiera recibido entre los 60 y los 65 años.

4. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. UNA SÍNTESIS

El TEDH, desde la sentencia de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*, ha ido afinando y perfilando su posición acerca de la identidad de género, al tiempo que aplicaba sus conclusiones a los diferentes aspectos que se le iban planteando: no solo fue dando contenido al derecho a la vida privada o al reconocimiento de la identidad de género de los transexuales, sino que también ha ido precisando el «ámbito de apreciación» de los Estados o el alcance de sus «obligaciones negativas» y «negativas» en relación con la intimidad, la libertad y la dignidad de las personas, como hizo también en la importante sentencia *Van Krück vs. Alemania* o en *Hämäläinen vs. Finlandia*. Puede decirse, pues, que, llegado a un punto, ha construido el *contenido esencial del derecho al reconocimiento de la identidad de género de los transexuales* y sus aplicaciones a las diferentes cuestiones que se han ido planteando. Dicho de otra forma, el TEDH ha articulado un patrón, un modelo y una regla práctica de interpretación y actuación que repite invariablemente hasta la fecha.

Dicho patrón se encuentra de forma clara y explícita en la sentencia del *caso S. V. vs. Italia*, de 11 de octubre de 2018, y se repite en los siguientes. Por ejemplo, en el *caso Y. Y. vs. República de Turquía*, de 10 de marzo de 2015, el *caso Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, o el *caso Rana contra Hungría*, de 16 de julio de 2020.

Pues bien, la doctrina del TEDH en materia de identidad de género, una vez consolidado el contenido esencial, sigue, de acuerdo con

la sentencia del caso *S. V. vs. Italia*, de 11 de octubre de 2018, el siguiente esquema:

1. El concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH «es amplio, no susceptible de una definición exhaustiva»; «abarca no sólo la integridad física y moral del individuo, sino también en ocasiones, aspectos de la identidad física y social del mismo». La identidad o identificación sexual, el nombre la orientación y la vida sexual entran dentro de la esfera protegida por el derecho a la vida privada (ap. 54 del *caso V. S. vs. Italia*).

2. La noción de «autonomía personal» está protegida por el artículo 8 CEDH e incluye un principio importante que lleva a reconocer a las personas transexuales «un derecho a la autodeterminación», «donde la libertad de definir su pertenencia sexual es uno de los elementos más esenciales» (ap. 55 del *caso V. S. vs. Italia*).

3. El artículo 8 CEDH protege el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de las personas transgénero (ap. 55 del *caso V. S. vs. Italia*). El TEDH interpreta esta garantía tanto en el sentido de que debe reconocerse legalmente la identidad sexual de las personas transexuales que se han sometido a tratamiento de reasignación de sexo, como también de «aquellas personas transgénero que no se han sometido a un tratamiento de cambio autorizado por las autoridades o no desean someterse a tal tratamiento». Esta protección incluye a aquellas personas que, por diferentes cuestiones, no pueden obtener el cambio de nombre pese a estar en proceso de transición sexual (ap. 56 del *caso V. S. vs. Italia*).

4. Pese a que el artículo 8 CEDH tiene por objeto esencial la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos –obligaciones negativas–, su interpretación por parte del TEDH no se limita a este aspecto, sino que «a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto de la vida privada o familiar» (ap. 60 del *caso V. S. vs. Italia*; también ap. 60 de *caso Y. T. vs. Bulgaria*).

5. No está clara la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en relación al artículo 8, pero «los principios aplicables en el caso de las primeras son comparables a los válidos para las segundas», lo que conduce a tener que valorar un «equilibrio justo» entre el interés general y los intereses del individuo. Esto conduce en buena parte de los casos analizados a que el TEDH realice una labor de ponderación entre uno y otro aspecto (ap. 60 del *caso V. S. vs. Italia*; ap. 65 del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*).

6. En el *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, el TEDH estableció «algunos elementos relevantes para la valoración de las obligaciones positivas de los Estados». Entre ellos, el impacto sobre las personas del «conflicto entre realidad social y derecho», la «coherencia de la práctica administrativa y jurídica con el ordenamiento interno», o

también «el impacto en el Estado de la obligación positiva» (ap. 66 del *caso Hämäläinen*).

7. El TEDH insiste en la necesidad de ponderación entre el interés general y los intereses de los individuos. Ahora bien, para realizar esta ponderación, el TEDH reconoce que los Estados tienen un «amplio margen de apreciación» en la regulación de las condiciones necesarias para el cambio de nombre (ap. 67 del *caso Hämäläinen*). Incluso, el Tribunal respeta las restricciones legales impuestas sobre dicha posibilidad en aras del interés público –preservación del principio de indisponibilidad del estado de las personas, garantía de la fiabilidad y la coherencia del estado civil, exigencia de seguridad jurídica, etc.– (ap. 61 del *caso V. S. vs. Italia*).

8. Sin embargo, dicho margen de apreciación es limitado cuando se trata del derecho a la identidad sexual de las personas, aspecto de los más íntimos de la vida privada (ap. 62 del *caso V. S. vs. Italia*).

9. En aras de este «justo equilibrio» del interés general y del interés personal, el TEDH, en su labor de ponderación, tiene muy en cuenta una serie de circunstancias relevantes: la regulación estatal del cambio de nombre y de sexo, los requisitos exigidos, el momento del tratamiento, si se ha efectuado total o parcialmente, si las dificultades son producto del sistema público de salud, la rigidez o no en la interpretación de los plazos o de los trámites, etc. (ap. 63-66 ss. del *caso V. S. vs. Italia*).

10. También, como hemos visto en el *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, el margen de apreciación de los Estados en lo que se refiere a las obligaciones positivas puede ser amplio si no hay consenso en las legislaciones europeas, si hay un procedimiento claro de reconocimiento de la identidad de género o si plantea algún tipo de conflicto moral o ético entre las personas afectadas.

El TEDH, tanto en el *caso S. V. vs. Italia* de 11 de octubre de 1988, como en el *caso Y. Y. vs República de Turquía*, de 10 de marzo de 2015, el *caso Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, o el *caso Rana contra Hungría*, de 16 de julio de 2020, llevó a cabo una aplicación lineal de esta estructura argumentativa para entrar a ponderar, de acuerdo con las circunstancias del caso, las actuaciones nacionales. En ambos litigios concluye que hay un exceso de rigidez que perjudicó a los demandantes. Conviene resaltar también que estos principios, especialmente, en lo que se refiere a las obligaciones positivas de los Estados, ha sido también ratificado en el *caso X. e Y. vs Rumanía*, de 19 de enero de 2021.

Como conclusión, este largo y prolijo estudio sobre las sentencias del TEDH relativas a personas transexuales permite afirmar que, pese a que el CEDH y otros documentos y tratados internacionales sobre derechos humanos no contemplan un derecho humano específico, se ha ido construyendo jurisprudencialmente un derecho a la identidad de género de forma paralela a que también se ha ido vertebrando otro

referido a la orientación sexual. En el análisis de los textos, se ha podido contemplar cómo no solo se identifica dicho derecho, sino también cómo se concreta su contenido, al tiempo que se perfilaban también las obligaciones negativas y positivas de los Estados y su margen de apreciación. Las personas transexuales tienen, así, un esquema básico sobre el reconocimiento oficial de la identidad de género, su derecho a la vida privada y familiar, su integridad física y psíquica, su derecho a la salud y a la jubilación correspondiente a su género, etc. Incluso, puede afirmarse también que el TEDH ha dado algún importante paso para reconocer también un derecho a la libre determinación de sexo y de género con el que completaría el marco general de los derechos de las personas LGBTIQ. Aunque este reconocimiento pudiera parecer un desiderátum, cabe que en los próximos años se materialice realmente, si no es legalmente, por lo menos por vía jurisprudencial.

Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional

Autonomy and vulnerability in the age of surveillance capitalism. The perversion of the relational human dimension

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

RESUMEN

Nos encontramos en una época complicada que ha acelerado el éxito del denominado capitalismo de la vigilancia. La pandemia ha confirmado la implantación de un nuevo sistema de poder favorecido por la sociedad digital, aunque no identificado con la misma, que combina de forma muy criticable clásicos binomios como libertad-seguridad o individuo-colectividad. Es un sistema que supuestamente ofrece más libertad a los individuos, si bien a la vez utiliza los resultados del ejercicio de esa libertad para guiar las conductas de todos y ofrecer mayor certeza, seguridad y eficacia social. De este modo, se pervierte la dimensión humana relacional y se merma la autonomía individual que necesariamente se construye a parte de la relación con otros (autonomía relacional). En este sistema el individuo se diluye en la masa. El poder no tiene ningún interés en la determinación moral de los individuos en sí, y solo le interesa la deriva del conjunto para conseguir la mayor ganancia económica. El Derecho tiene que actuar para que los individuos no sean instrumentalizados. La normativa europea en relación a la protección de datos es avanzada en muchos aspectos, pero da por hecho lo que es realmente cuestionable: la mercantilización de las conductas humanas y así también la cosificación de las personas mismas. En el contexto post-pandemia se

debe defender otro sentido de la seguridad referente a la desmercantilización de unos bienes básicos (desde luego los relacionados con la salud), pero también de aquello que nos define como humanos y que son las relaciones conformadoras de nuestros juicios morales.

Palabras clave: *capitalismo de la vigilancia, autonomía relacional, protección de datos, seguridad, pandemia.*

ABSTRACT

We are in a difficult time that has accelerated the success of so-called surveillance capitalism. The pandemic has confirmed the implementation of a new power system favoured by the digital society, although not identified with it, which combined in a very criticisable way classical binomials such as freedom-security or individual-mass. It is a system that supposedly offers more freedom to individuals, but at the same time it uses the results of the exercise of that freedom to guide the behaviour of all in order to offer greater certainty, security and social efficiency. In this way, the relational human dimension is perverted and individual autonomy is diminished as it is necessarily built from the relationship with others (relational autonomy). In this system the individual is diluted in the mass. Power has no interest in the moral determination of individuals per se, and it is only interested in the drift of the whole to achieve the greatest economic gain. The Law has to act in this sense so that individuals are not exploited. European regulations in relation to data protection are advanced in many aspects, but it takes for granted what is really questionable: the commodification of human behaviour and thus also the objectification of people themselves. In the post-pandemic context, another sense of security must be defended. It must be referred to the de-commodification of some basic goods (of course those related to health), but also of what defines us as human beings and which are the relationships that shape our moral judgments.

Keywords: *surveillance capitalism, relational autonomy, data protection, security, pandemic.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA BATALLA POR LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA RELACIONAL Y SUS RIESGOS. – 2. LA PERVERSIÓN DE LA IDEA DE AUTONOMÍA RELACIONAL CON FINES ECONÓMICOS Y DE CONTROL. LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS EXCEDENTES CONDUCTUALES A EXPENSAS DE LOS INDIVIDUOS Y SUS USOS EN LA ERA DEL CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA. – 3. SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA INSUFICIENTE LIMITACIÓN JURÍDICA EN EUROPA PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA EN LA ERA GLOBAL TECNOLÓGICA. – 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CRECIENTE VULNERABILIDAD DE TODOS EN LA SOCIEDAD POST-PANDÉMICA DE SUJETOS NO PARTICIPANTES Y EL PAPEL DEL DERECHO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. THE BATTLE FOR THE NOTION OF RELATIONAL AUTONOMY AND ITS RISKS. – 2. THE PERVERSION OF THE IDEA OF RELATIONAL AUTONOMY FOR ECONOMIC AND CONTROL PURPOSES. THE COMMODIZATION OF BEHAVIORAL SURPLUSES AT THE EXPENSE OF INDIVIDUALS AND ITS USES IN THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM. – 3. ON DATA PROTECTION AND THE INSUFFICIENT LEGAL LIMITATION IN EUROPE FOR THE DEFENSE OF FREEDOM AND AUTONOMY IN THE GLOBAL TECHNOLOGICAL ERA. – 4. CONCLUDING REMARKS: THE GENERAL GROWING OF VULNERABILITY IN THE POST-PANDEMIC SOCIETY OF NON-PARTICIPATING SUBJECTS AND THE ROLE OF LAW.

1. INTRODUCCIÓN. LA BATALLA POR LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA RELACIONAL Y SUS RIESGOS

Nuestra tradición filosófica y jurídica acerca del sujeto de derechos se remonta a la época moderna en la que tiene predominancia la ideología liberal y la autonomía como valor fundamental. En su noción clásica, el sujeto se define principalmente por ser un sujeto libre y autónomo, con la capacidad moral de desarrollar el propio concepto del bien y la vida buena. Kant utilizó la noción de autonomía para designar la capacidad humana de darse por sí misma la ley moral sin hacerla derivar de algo inferior (como los deseos o pasiones en general), ni tampoco de algo superior (como puede ser Dios)¹. En la propuesta del filósofo, la libertad se identifica con la autonomía de tal manera que tener libertad significa, por una parte, tener una voluntad que no está influenciada por ninguna fuerza externa al propio individuo (dimensión negativa de la libertad) y, por otra parte, es darse a uno mismo una ley, o lo que es lo mismo, establecer los propios fines y tener un poder causal especial para hacerlos realidad (definición positiva de la libertad, también llamada libertad «reflexiva»²). La autonomía coincide con la noción de libertad en este sentido positivo, que no es más que el imperativo categórico.

En el pensamiento liberal, esta concepción de autonomía acentuadamente individualista se asocia con la autosuficiencia y la capacidad individual de búsqueda del propio concepto del bien y la vida buena sin interferencia alguna de factores externos (es lo que algunos han

¹ Véase, sobre todo, KANT, I.; *Crítica de la razón práctica*, trad. E. Miñana y M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1981 (2.ª ed.) (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788). Como se sabe, en este libro, el filósofo desarrolla las ideas que ya aparecen en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1980).

² Para una breve pero precisa reconstrucción histórica, véase HONNETH, A.; *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. G. Calderón, Madrid, Katz, 2014, pp. 47 ss.

llamado «autoperfeccionamiento»³). De este modo, la libertad como autonomía se conecta con el reclamo de Justicia, porque Justicia es que el resto de individuos y también el Estado se abstengan o no interfieran en las decisiones morales de los individuos.

Muchas de las críticas posteriores a esta definición no han negado el valor de la autonomía en sí, que sigue siendo la base de nuestra cultura jurídica, pero sí la interpretación excesivamente individualista y también marcadamente masculina de la misma. El inconveniente ha estado siempre en la imposición de un tipo de individualismo: el masculino⁴, posesivo y propietario⁵, que desmiente la diversidad individual, la importancia del individuo como ser social, y la considerable influencia externa en las decisiones sobre el concepto del bien y la vida buena procedentes del propio entorno⁶.

La heterogénea corriente comunitarista rescató antiguos argumentos⁷ y atacó brillantemente el individualismo liberal, por considerar atomísticamente a los individuos y pensarlos erróneamente como seres independientes y autónomos de su propio contexto⁸. La crítica comunitarista se dirigió a las dos tesis liberales por excelencia, referentes a la idea de autonomía como autosuficiencia del sujeto y a la supuesta neutralidad del Estado y del Derecho. Respecto a la primera tesis, se argumenta que difícilmente los individuos pueden elegir una concepción del bien de forma autónoma, esto es, auto-determinarse sin verse influenciados directamente por su contexto social⁹. En cuan-

³ LUKES, A.; *El individualismo*, trad. J. L. Álvarez, Barcelona, Edicions 62, 1975, pp. 87 ss.

⁴ Véase RUBIO CASTRO, A.; *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, Madrid, Dykinson, 2014, especialmente la primera parte.

⁵ MACPHERSON, C. B.; *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970, pp. 225 ss. También BARCELONA, P.; *Postmodernidad y comunidad. El regreso del a vinculación social*, trad. H. C. Silveira, J. A. Estévez y J. R. Capella, Madrid, Trotta, 1992, pp. 103 ss.; *Id.*; *El individualismo propietario*, trad. J. E. García Rodríguez, est. prel. M. Maresca, Madrid, Trotta, 1996.

⁶ HONNETH, A.; *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, *Op. cit.*, p. 35, pp. 64 ss.

⁷ Por citar uno de los más antiguos, ARISTÓTELES; *La política*, trad. M. García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, 1988.

⁸ Véase, por ejemplo, TAYLOR, C.; *Sources of self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 26. Junto a Charles Taylor, están otros críticos comunitaristas como Michael Sandel o Alasdair MacIntyre que, de diferente forma, son críticos con el liberalismo y, en particular, con las tesis de John Rawls. Véase así SANDEL, M.; *El liberalismo y los límites de la Justicia*, trad. M. Luz Melón, Barcelona, Paidós, 2000; MACINTYRE, A.; *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, e *Id.*; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001. Véase igualmente MULHALL S. and SWIFT, A.; *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, trad. E. López Castellón, Madrid, Temas de Hoy, 1996, pp. 38 ss., 213 ss.

⁹ MACINTYRE, A.; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, *Op. cit.*, pp. 89-90, 100, 116.

to a la segunda, se reprocha que el Estado y el Derecho puedan ser neutrales respecto a una concepción del bien determinada y, también, que puedan establecer solamente un marco para una pluralidad de concepciones. De este modo se refuta la tesis de la primacía de los derechos (que recoge el valor de autonomía) sobre una idea del bien común determinada. La perspectiva comunitarista reconoce una idea del bien de la comunidad que se plantea en cualquier construcción individual del bien¹⁰, que lo justo está determinado por lo bueno. Cualquier intento de esconder la relación entre moral y política es falaz y falsamente neutral, como lo es también el intento de separar la esfera pública y la privada. No se puede concebir a los individuos como seres puramente egoístas, ni la política de una manera solo instrumental como un mal necesario para la convivencia. Por eso critican igualmente el acento liberal hacia la libertad negativa, y enfatizan la importancia de la dimensión positiva y participativa a la manera de «los antiguos»¹¹.

Lo interesante de estas críticas de corte comunitarista es que permiten mostrar la existencia de una concepción del bien básica y anterior que incluye el valor de autonomía¹², aunque obviamente no tenga que entenderse de manera hermética ni se agote en él (entre otras cosas, porque ello limitaría las concepciones individuales sobre el bien). Es espinoso pensar en la posibilidad de identificar y justificar los derechos de una manera que no presuponga absolutamente ninguna determinada concepción del bien. La razón que opera en el ámbito político público se impregna necesariamente de deseos y preferencias de la moral del ámbito privado, y la realidad es que no pueden existir dicotomías estrictas entre ambos espacios.

Igualmente, las tesis comunitaristas destapan las limitaciones de ciertas propuestas liberales para entender el valor de autonomía y su relación con otros conceptos como la interdependencia o vulnerabilidad humanas. El sujeto no puede ser entendido de manera autónoma como si estuviera constituido con anterioridad al vínculo social y, además, el Estado posee un importante papel en situaciones de vulnerabilidad y falta de autonomía sin por ello entender que sea paternalista o fomente la pasividad. El acento ha de estar siempre en el reconocimiento y la participación democrática activa de los ciudadanos¹³.

¹⁰ KUKATHAS C. y PETTIT, P.; *La teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, trad. y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 98 ss., 116 ss.

¹¹ RIVERA LÓPEZ, E.; «Las paradojas del comunitarismo», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 95-116. Véase igualmente ÁLVAREZ, S.; «La autonomía personal y la perspectiva comunitarista», *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 69-99.

¹² NINO, C. S.; «Liberalismo versus Comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, sept.-dic. 1988, pp. 363-379, concretamente pp. 372 ss.

¹³ La crítica comunitarista al liberalismo puede servir para corregir ciertas consecuencias indeseables del liberalismo, y no como una reivindicación de la comuni-

En la labor de crítica al concepto de autonomía clásico no puede dejar de citarse tampoco a la teoría feminista. El sistema «sexo-género» ha vertebrado el ordenamiento moderno *subordiscriminando* a las mujeres¹⁴. Los sujetos autónomos eran varones, ellos eran los sujetos racionales e independientes. Toda alusión a lo irracional, afectivo, emotivo o vulnerable fue excluido y desplazado hacia el sujeto femenino pasivo y dependiente. Desde la teoría feminista se ha criticado la noción de sujeto y el concepto de autonomía modernos y se ha buscado introducir la dimensión social y relacional. Al igual que las tesis comunitaristas en general, las tesis feministas son atractivas siempre y cuando no conjeturen la defensa de identidades cerradas¹⁵ y, asimismo, conciban a los sujetos como agentes sociales participantes. Los sujetos oprimidos pueden desarrollar resistencia al poder y capacidad de acción, y tomar conciencia de sí mismos en relación a contextos específicos. Como afirma Judith Butler (basándose en las tesis de Michael Foucault), el sujeto oprimido no es inactivo, tiene agencia y puede modificar y resignificar las estructuras de poder¹⁶.

Gracias al esfuerzo de varias décadas de críticas a la concepción liberal, la noción de autonomía relacional ocupa ahora un lugar esencial en la teoría. Esta noción se basa en la existencia de una dimensión humana básica que entronca con la necesaria socialización y contextualización humanas. Más allá de que el sujeto examine internamente las diversas máximas de Justicia para elaborar su propio concepto del bien¹⁷, se defiende que lo importante es el proceso intersubjetivo de intercambio de argumentos sobre la concepción del bien entre los diversos agentes que interactúan con ese sujeto en su contexto. De este modo, la autonomía se descentraliza y precisa del ejercicio de la

dad como identidad o reivindicación del bien colectivo frente a los derechos de los individuos. WALZER, M.; «The Communitarian Critique of Liberalism», *Political Theory*, vol. 18, n. 1, 1990, pp. 6-23. Véase también THIBAUT, C., *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 148-150: «la crítica comunitarista, si no se entiende como crítica antimoderna (...), es, ante todo, una rectificación necesaria en nuestra comprensión del proyecto normativo de la modernidad que ha tenido preocupantes simplificaciones en las propuestas liberales atomistas».

¹⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, B.; «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *AFDAUM*, 17, 2013, p. 77. El concepto de subordiscriminación lo ha acuñado muy acertadamente de BARRÈRE UNZUETA, M. y MORONDO, D.; «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría de Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

¹⁵ Véase MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 27 ss., 35 ss.

¹⁶ BUTLER, J.; *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, trad. J. Cruz, Madrid, Cátedra, 2001, por ejemplo, pp. 22 ss. A ello hace alusión también RUBIO CASTRO, A.; *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, *Op. cit.*, p. 73.

¹⁷ SEN, A.; «Well Being, Agency, and Freedom», *The Journal of Philosophy*, vol. 82, n. 4, 1985, pp. 169-221.

capacidad argumentativa por parte de todos los agentes que intervienen en ese proceso de validación de las distintas demandas de Justicia¹⁸. Esto no conlleva la negación de la autonomía kantiana, pero sí introduce un factor esencial: la idea del diálogo y del intercambio de argumentos para esclarecer la propia concepción del sujeto. Es el sujeto el que decide en última instancia sobre la corrección argumentativa y sobre su propia concepción. Lo que caracteriza a la autonomía es la confluencia entre subjetividad e intersubjetividad, porque la auto-determinación es entendida a raíz del reconocimiento recíproco en el que las visiones de otros agentes influyen directamente en las propias decisiones¹⁹. La concepción individual se enriquece y puede llegar a transformarse a través de concepciones externas que ofrecen diversos argumentos (a veces «mejores argumentos») a favor y en contra de las propias visiones. Entendida así, la autonomía no es auto-suficiencia, pero sí un acto libre, racional y reflexivo.

Esta concepción acierta en la manera en que los sujetos pueden considerarse autónomos a la hora de tomar decisiones sobre su vida. El peligro que comporta es que el sujeto inserto en una sociedad asuma valores y creencias que comprometan su capacidad de actuar libremente. Así, por ejemplo, durante mucho tiempo las mujeres han sido fieles promotoras del sistema patriarcal. La forma de evitar este riesgo es fomentar una participación real del sujeto en el diálogo interpersonal y social, lo que es solamente viable a través del reconocimiento de ese sujeto como agente participativo.

En la actualidad se está negando ese reconocimiento de los sujetos como agentes participativos puesto que la dimensión relacional ha sido pervertida por un sistema que teóricamente defiende la libertad y fomenta la participación, pero que en realidad resta autonomía real a los sujetos aumentando su vulnerabilidad. Causa perplejidad que unos pocos hayan liderado un sistema capitalista en expansión²⁰, readaptado pero fiel a su básico principio, el que ya anunciara Marx en su momento, de *mercantilización* de todas las cosas. Se trata de un sistema que ha encontrado en las conductas humanas un nuevo espacio sin explotar. Haciendo creer que fomenta positivamente la comunicación

¹⁸ PEREIRA, G.; *Elements of a Critical Theory of Justice*, Hampshire (England), Palgrave MacMillan, 2013, p. 62.

¹⁹ ANDERSON J. and HONNETH, A.; «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», in Christman, J. and Anderson, J. (eds.); *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 127-149.

²⁰ Shoshana Zuboff hace un recorrido muy ilustrador y pone al frente de la empresa a Google a la que siguió Facebook. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, trad. A. Santos, Barcelona, Paidós, 2020, pp. 94 ss. La afirmación de que unos pocos crearon el sistema y no se trata de una deriva inevitable de la tecnología digital está en la p. 122 o también en la p. 129. Asimismo resulta de interés el primero de sus libros donde ya aplica las ideas del panóptico a la nueva sociedad de máquinas: *In the Age of the Smart Machine: The Future of Work and Power*, Austin, TX (USA), Basic Books, Perseus Books Group, 1988.

y el intercambio de ideas entre todos, lo que ha hecho es aprovecharse de ello a expensas de los sujetos que ignoran realmente que son objeto de supervisión, control y guía en aras a generar beneficios económicos sin límite.

Los conflictos de este sistema se están percibiendo en la esfera económica y también en otras como la política o la social, por lo que el Derecho tiene que actuar, una vez más, como herramienta que establezca límites decisivos al sistema económico para salvaguardar la libertad, la igualdad y los derechos de los individuos. Estos límites no deben solo *maquillar* el sistema dejando que la humanidad sea mercantilizada, y han de evitar que los bienes básicos que nos definen sean objeto de oferta y demanda.

2. LA PERVERSIÓN DE LA IDEA DE AUTONOMÍA RELACIONAL CON FINES ECONÓMICOS Y DE CONTROL. LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS EXCEDENTES CONDUCTUALES A EXPENSAS DE LOS INDIVIDUOS Y SUS USOS EN LA ERA DEL CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA

Los seres humanos nos relacionamos entre nosotros en un contexto determinado, y es precisamente esa interacción la que conforma nuestra existencia y nuestras decisiones. La transformación tan profunda que ha sufrido la manera de comunicarnos e interactuar conduce necesariamente a un cambio igualmente intenso en nuestra autonomía. El problema se encuentra cuando esta variación no favorece a la autonomía realmente y, por el contrario, corrompe el necesario sentido crítico y argumentativo de los individuos como sujetos participativos y libres en sus decisiones sobre el bien y la vida buena y, además, permite generar situaciones de desigualdad y vulnerabilidad.

El sistema se define a sí mismo como impulsor de la libertad de los individuales en base al aumento de la información disponible y, asimismo, a la interacción con otras personas que expresan sin reservas sus opiniones en la red. Sin embargo, lo cierto es que este régimen se ha aprovechado de la situación y, haciendo creer que los individuos solo obtienen ventajas a través del mismo, ha generado un orden de control y guía del conjunto de sujetos que afecta a la autonomía real de cada uno de nosotros sin que apenas tengamos conocimiento real de ello. No es de extrañar que se afirme que los primeros proyectos del sueño digital original, basados en que estar conectados es algo inherentemente pro-social o inclusivo por naturaleza o tendente a la

democratización del conocimiento, hayan quedado definitivamente desmentidos²¹.

Como bien se ha explicado en reseñables trabajos²², las nuevas tecnologías han tenido un impacto colosal en la forma de comunicarse e interactuar con otras personas, especialmente con la aparición de la web 2.0 que permite la participación colaborativa de los usuarios²³. Han desaparecido las nociones de espacio y tiempo en la comunicación y son múltiples las posibilidades de inmediatez en la transmisión de toda clase de actos, pensamientos, imágenes o emociones, «cada individuo puede ser emisor y difusor de información a través de las redes sociales, foros, blogs y bitácoras, que será expresada mediante textos, sonidos o imágenes propios y de terceros, acompañadas de valoraciones, descripciones y opiniones»²⁴.

Sin duda, la tecnología actual puede tener un impacto muy positivo en la vida de todos y ser un herramienta crucial para generar agentes participativos en la esfera pública. Lo criticable es que en este contexto se ha optado por una deriva distinta y se ha generalizado la recogida y tratamiento de inmensas cantidades de información que provienen de nuestra actividad voluntaria en la red, pero también del rastro que se deja inconscientemente por ejemplo a través de *cookies* y a partir ahora también de la «Internet de las cosas»²⁵, de otros sistemas como los de geolocalización²⁶, de los

²¹ *Ibid.*; pp. 22 ss.

²² En el ámbito de las nuevas tecnologías fue pionero en el área de Filosofía del Derecho el profesor Antonio Pérez Luño. Véase, por ejemplo, PÉREZ LUÑO, A. E.; *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

²³ COBO ROMANÍ, C. y PARDO KUKLINSKI, H.; *Planeta Web 2.0. Inteligencia colectiva o medios fast food*, México, Grup de Recerca d'Interaccions Digitals, UVic-Flacso México, 2007, p. 15.

²⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 21.

²⁵ Se trata de todos los aparatos de uso doméstico o cotidiano que tienen la capacidad de recoger datos del entorno inmediato para su mejor funcionamiento, pero también ahora para otros fines. Véase SWAN, M.; «Sensor Mania! The Internet of Things, Wearable Computing, Objective Metrics, and the Quantified Self 2.0», *J. Sens. Actuator Netw.* 2012, 1(3), pp. 217-253 (Disponible en: <https://www.mdpi.com/2224-2708/1/3/217/htm>, última consulta: 21 de abril de 2021). Como ya se dijo en el *Dictamen 04/2013 sobre el modelo de evaluación del impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente preparado por el Grupo de expertos 2 del Grupo especial sobre redes inteligentes de la Comisión, del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre Protección de Datos*, adoptado el 22 de abril de 2013, la medición inteligente podría permitir el seguimiento de los individuos en la intimidad de su propio hogar, lo cual permitiría elaborar perfiles detallados de todos los individuos.

²⁶ Empresas como Google, Apple o Microsoft cuentan con sus propios sistemas de geolocalización para complementar los datos obtenidos por GPS. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 328 ss.

dispositivos RFID²⁷, de proyectos como las *Smart Cities*²⁸ o, en general, a través de todos los aparatos de omnisciencia digital dirigidos a fusionar la percepción humana con el mundo digital, los denominados *wereables*.

A través del *Big Data* todos los datos pueden reunirse, correlacionarse y crear perfiles con la finalidad de hacer predicciones y favorecer determinadas decisiones. Esto genera una sociedad de características similares al panóptico desarrollado por Foucault²⁹, aunque más bien el resultado es una inmensa sociedad de control como la llamara Deleuze³⁰ en una nueva etapa del capitalismo que se ha denominado de múltiples maneras, pero que aquí adoptaré la expresión acuñada recientemente por Zuboff: «capitalismo de la vigilancia»³¹.

Aun así, las tesis de esta autora no son del todo originales y opino que coinciden, por ejemplo, con otras realizadas mucho antes por Deleuze, quien describió el cambio de las sociedades disciplinarias donde el control está interiorizado en el sujeto mismo, a la sociedad de control donde las fábricas son reemplazadas por las empresas y las máquinas simples son suplidas por sistemas computarizados de producción y control, y donde los «individuos» son sustituidos por «dividuales» externos, informatizados e informatizables que se mueven en un espacio virtual³².

²⁷ La utilización de etiquetas RDIF es frecuente en el comercio de calzado, prendas de ropa, relojes y muchos otros objetos cotidianos, también en el ámbito sanitario para identificar muestras, para el control de medicamentos o para el seguimiento de pacientes, e igualmente para controlar la participación en eventos deportivos, o el acceso a un determinado lugar, en pasaportes, en tarjetas de transporte, en el pago de peajes, para la identificación de mascotas, en el transporte de mercancías, etc. Véase GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, *Op. cit.*, p. 34.

²⁸ Son las llamadas «ciudades inteligentes» que están pensadas para incorporar tecnología que recoja datos y facilite la vida diaria, por ejemplo, en cuanto a tráfico o aforos. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 308 ss.

²⁹ Como se sabe la noción de panóptico se refiere a la arquitectura penitenciaria ideada por Jeremy Bentham (BENTHAM, J.; *El Panóptico*, trad. J. F. Valencia, Madrid, La Piqueta, 1979), y que Michel Foucault luego perfeccionó (véase por ejemplo FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar*, trad. A. Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2002).

³⁰ DELEUZE, G.; «Postscript on the Societies of Control», oct. Vol. 59, 1992, pp. 1-7 (<https://www.jstor.org/stable/778828?seq=1>, última consulta: 21 de abril de 2021), en su versión española puede consultarse «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Polis. Revista latinoamericana*, núm. 13, 2006 (<https://journals.openedition.org/polis/5509>, última consulta: 21 de abril de 2021).

³¹ Se ha hecho alusión a la denominación «capitalismo postfordista» o «tecnocapitalismo» (por ejemplo NIETO MARTÍN, A. Y MAROTO CALATAYUD, M.; «Redes sociales en Internet y “data mining” en la prospección en investigación de comportamientos delictivos», en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (coords.); *Derecho y redes sociales*, Madrid, Civitas: Thompson Reuters, 2010, pp. 207-258, en concreto p. 208. Personalmente prefiero la expresión de Shosana Zuboff «capitalismo de la vigilancia» (ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*).

³² DELEUZE, G.; «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Op. cit.*, p. 1.

Como Deleuze, Zuboff piensa que el nuevo sistema de control no es tanto el del *Big Brother* de George Orwell que intenta poseer a los individuos mismos, su objetivo es controlar los medios de guía y modificación de las conductas del conjunto de individuos³³. El poder es ejercido por las empresas privadas poseedoras de la información y de los mecanismos de control de masas. Se sigue manteniendo la idea de que la información es poder, como decía Foucault³⁴, pero se diluye la tesis de que el poder es al mismo tiempo individuante y masificador, es decir que «forma un cuerpo con aquellos sobre los que ejerce al mismo tiempo que moldea la individualidad de cada uno de los miembros»³⁵. Las individualidades no importan en realidad en este sistema.

En esta misma línea, Byung-Chul Han trabajó antes y de manera muy lúcida lo que llamó el gran «panóptico digital»³⁶. Este autor afirma que «La sociedad digital de la vigilancia muestra una especial estructura panóptica. El panóptico de Bentham consta de celdas aisladas entre sí. Los residentes no pueden comunicarse entre ellos. Los muros hacen que los residentes no puedan verse. Con el fin de mejorar, son expuestos a la soledad. En cambio, los habitantes del panóptico digital crean una red y se comunican intensamente entre ellos. Lo que hace posible el control total no es el aislamiento espacial y comunicativo, sino el enlace en red y la hipercomunicación»³⁷. Con todo, lo más característico, afirma, es que el sujeto se vuelve anónimo.

³³ Este sistema también se ha relacionado con la obra distópica de Georges Orwell *1984*, aunque el poder instrumental del sistema es más parecido al sistema de la obra utópica de Walden Dos de Burrhus Frederick Skinner (véase ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 495 ss.)

³⁴ FOUCAULT, M.; *Microfísica del poder*, trad. J. Varela, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1979, p. 177.

³⁵ Deleuze recuerda que, para Foucault, el origen de este doble objetivo estaba en el poder pastoral del sacerdote (DELEUZE, G.; «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Op. cit.*, p. 3).

³⁶ HAN, B.-C.; *En el enjambre*, trad. R. Gabás, Barcelona, Herder, 2014, p. 28. Id.; *La sociedad de la transparencia*, Barcelona, Herder, 2014, p. 89. También se ha llamado un «sistema de vigilancia líquida» (BAUMAN, Z. Y LYON, D.; *Vigilancia líquida*, trad. A. Capel, Barcelona, Paidós, 2013).

Ana Garriga hace referencia a que el panóptico digital tiene versiones como la del «banóptico» que haría referencia a cómo las tecnologías de la elaboración de perfiles, a través de la reconstrucción de las trayectorias individuales o sociales, marcan territorios o fronteras entre las poblaciones en riesgo para analizar y decidir quién es peligroso y por lo tanto quién ha de ser objeto de una vigilancia estricta, o el «superpanóptico», que se centraría en cómo en la sociedad de la computación ubicua, que se encuentra por todas partes, habrá cada vez más información disponible y posibilitará la vigilancia en tiempo real (GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, *Op. cit.*, p. 54).

³⁷ HAN, B.-C.; *En el enjambre*, *Op. cit.*, p. 100.

Ciertamente Zuboff ha sabido conectar muy bien esta nueva situación con la vieja idea encarnada de la denominada Física social³⁸, según la cual se pueden hacer predicciones y transformaciones sobre el comportamiento de grandes colectivos humanos si se utiliza adecuadamente la información que se genera en la interacción de esas personas en ciertos entornos como las redes sociales, móviles, tarjetas de crédito, etc... Es más, se considera que, gracias al factor innato de imitación (o incluso empático) del ser humano, si se introducen cambios en las interconexiones entre personas será más fácil transformar sus decisiones que si se actúa sobre ellas individualmente³⁹.

Todas estas ideas antiguas y nuevas en conjunción muestran una sociedad planificada que se ofrece como la anhelada sociedad eficaz y armónica, pero donde el riesgo es para la privacidad⁴⁰ y especialmente para la libertad y la igualdad de los individuos, cuyas decisiones son guiadas para su mayor predictibilidad y cuyos perfiles configuran sin pudor estereotipos sociales a los que pueden ser atribuidos de hecho privilegios y derechos, o que también pueden producir discriminación o marginación social. La creación de perfiles a través de los datos de la red es un sistema muy cuestionable, que genera una forma de determinismo contrario a la libre elección y que, en la práctica, afecta a los individuos en su vida diaria si encajan en la categoría de delincuente o terrorista o si están buscando obtener, por ejemplo, un crédito, un empleo o un seguro de automóvil⁴¹.

Estamos ante un sistema cuyo poder instrumentario prospera a costa de la naturaleza humana y amenaza con costarnos nuestra humanidad misma.

³⁸ Se trata de la denominación que en siglo XIX utilizó Henri de Saint-Simon, maestro de Auguste Comte, y que luego este renombró como Sociología.

³⁹ Estas son las ideas de Alex Pentland, director del laboratorio de Dinámica del MIT (véase PENTLAND, A.; *Social Physics: How Social Networks Make Us Smarter*, New York, Penguin Press, 2015, p. 69). En España siguen esta misma línea de las Ciencias Sociales Cuantitativas el Grupo Interdisciplinar de Sistemas Complejos (GISC) y el Instituto de Biocomputación y Física de Sistemas Complejos (BIFI, Universidad de Zaragoza).

⁴⁰ Ya en 1999, Reg Whitaker proclamó el fin de la privacidad al entender que este derecho fundamental era incompatible con el desarrollo de la sociedad de la información (WHITAKER, R.; *The End of Privacy*, Nueva York, The New Press, 1999, p.13). El concepto decimonónico de derecho a la intimidad ha quedado desfasado para explicar el nuevo fenómeno con el que nos encontramos (RUIZ MIGUEL, C.; «La nueva frontera del derecho intimidad», *Revista de Derecho y Genoma humano*, núm. 14, 2001, pp. 147-149). Ha surgido ahora un nuevo derecho de «autodeterminación informativa» (GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.; *Nuevo Reglamento de protección de datos versus Big Data*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 20).

⁴¹ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Op. cit., p. 68. Por ejemplo, se ha hablado de los «seguros conductuales» en el área automovilística que pueden activar castigos como subidas de precio, o límites de horarios o bloqueos de motor, o por el contrario dar recompensas como descuentos en la prima o vales y ventajas. Estos seguros están pensando extenderse también a otras áreas como la médica.

Desde mi punto de vista, esta nueva sociedad se ha generado gracias a la actividad humana de los individuos y tomando ventaja de su innata sociabilidad, pero se ha hecho efectivamente a expensas de ellos. Son unos pocos los que deciden quienes tienen acceso a la información y pueden participar o quienes están fuera y son controlados⁴². El problema no es la sociedad digital en sí, de la que por otra parte es ya imposible zafarse, sino las asimetrías extremas de conocimiento y poder que se han generado y que abolen derechos fundamentales al ser las vidas humanas transferidas y expropiadas unilateralmente para su transformación en medios de control social, sin que los individuos tengan conocimiento real de ello o exista mecanismo efectivo para combatirlo.

Cautiva como Zuboff explica con detalle el nacimiento de este sistema. Frente a la promesa digital de democratizar la información, el avance del sistema del capitalismo de la vigilancia fue impulsado por la necesidad de control y seguridad derivados de la situación del 11S, y en un momento en que el que la ideología neoliberal impregnaba todo el aparato político y jurídico a nivel internacional⁴³. Este panorama hizo que, hace un par de décadas, varias empresas y, a la cabeza de ellas, Google, transformaran el campo de minería de datos conductuales de las personas que arroja la red, puesto que esos datos ya no irían dirigidos a mejorar el servicio para los usuarios en sus búsquedas y se venderían con fines publicitarios, utilizándose para predecir los comportamientos individuales y configurando lo que se llamó eufemísticamente «publicidad dirigida». Por entonces, no existía ningún impedimento jurídico para que ello se llevara a cabo, a pesar de que se estaba violando una máxima fundamental: los individuos dejaban de ser fines en sí mismos para convertirse en medios para los fines de otros⁴⁴. Las vidas de los individuos empezaron entonces a ser convertidas en datos conductuales que luego se venden con el objetivo de que otros adquieran un mejor control sobre esos sujetos, y sin que los individuos tengan derecho *real* de decidir sobre la transferencia de esa información y cómo se utiliza.

Estamos ante una auténtica *cosificación* o *reificación* de los individuos⁴⁵. En este sentido, es una pena que Zuboff no se remita directamente a Axel Honneth y a su viejo concepto de reificación para hacer alusión a la tendencia instrumentalizadora o cosificadora en la vida moderna. Para Honneth, la reificación de las relaciones humanas olvida el reconocimiento de los otros y de uno mismo como seres dignos,

⁴² ESSIG, L.; *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. A. Alberola, Madrid, Taurus, 2001, p.67.

⁴³ ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 147 ss.

⁴⁴ *Ibid.*; p. 125.

⁴⁵ El término «reificación» se traduce también por «cosificación», y nace en la Escuela alemana de Frankfurt. Véase HONNETH, A.; *Reification: A New Look at an Old Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 17 ss.

y, con ello, la cooperación participativa se vuelve muy instrumental y vacía de emociones y sentimientos humanos⁴⁶. Esto supone una merma en nuestra autonomía, porque la plena autonomía solamente se alcanza a través del establecimiento de relaciones basadas en el reconocimiento mutuo, esto es, a través de un proceso intersubjetivo en el que, antes de la comunicación, el sujeto toma conciencia de sí mismo y de los demás como seres iguales y dignos.

La desposesión a la que estamos siendo sometidos los sujetos en la actualidad está siendo posible porque las empresas pioneras juegan con la inevitabilidad de este fenómeno, que avanza con mucha velocidad, y la habituación y dependencia de los usuarios, quienes ignoran muchas veces el funcionamiento del sistema y quienes creen en la gratuidad y beneficios de los servicios que les ofrecen, e igualmente a pesar de las múltiples demandas de incursión ilegal que pesa sobre estas empresas.

Uno de los mayores peligros es que el sistema no se circunscribe solamente a la publicidad dirigida y se está utilizando con otros fines políticos y sociales de control y modificación de las conductas, incluso ha traspasado las barreras del campo virtual para trasladarse al mundo real⁴⁷.

Se hace difícil una intervención decisiva porque el determinismo tecnológico sigue muy presente en la sociedad y parece que si se ponen límites a la tecnológica la sociedad no avanzará. Además, las empresas están creando todo tipo de artilugios personalizados que se introducen en las vidas de los individuos y que para poder funcionar necesitan del consentimiento para el tratamiento de datos conductuales, de tal manera que el usuario se ve obligado a rendirse para conseguir su óptimo funcionamiento.

Todos los datos voluntariamente cedidos o recogidos a expensas de las personas, luego son analizados y utilizados para influenciar o modificar conductas con técnicas muy sutiles y difíciles de detectar y que, incluso, juegan con aquellos esenciales básicos del ser humano entroncados en las emociones y la empatía humanas. De esta manera, crece exponencialmente la vulnerabilidad de los sujetos al realizarse una total expropiación de su propia humanidad.

La solución no es prudente que venga de las propias empresas y sus políticas de privacidad⁴⁸. El Derecho tiene que empezar a regular

⁴⁶ Autoras como Judith Butler entiende más bien la propuesta de Axel Honneth como un deseo o ideal. Véase BUTLER, J.; «Taking Another's View. Ambivalent Implications», in Honneth, A.; *Reification: A New Look at an Old Idea*, Op. cit., pp. 97-119.

⁴⁷ Zuboff pone de ejemplo el juego de *Pokemon Go*. *Íbid.*; pp. 416 ss.

⁴⁸ En la actualidad, la última versión del sistema operativo de IOS de Apple permitirá que los usuarios opten porque las aplicaciones no guarden información alguna de la actividad de los usuarios, lo que sería una grave ofensa al propio sistema del capitalismo de la vigilancia. No obstante, ya se está advirtiendo que quizás la estrategia de Apple sea guardar ellos mismos un registro de esos datos y controlar el mercado de esa información. Véase la noticia: <https://elpais.com/tecnologia/2021-04-27/>

con más fuerza los espacios que hasta ahora están sin legislar y decida poner límites más contundentes en la red digital con el objetivo de *transformar* el capitalismo de la vigilancia. Si no es así, seguramente unos pocos acabarán detentando el poder sobre los individuos y decidirán quién decide y cómo. Se mermará la autonomía y libertad de elección así como la participación real en la vida privada y pública de los sujetos.

3. SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA INSUFICIENTE LIMITACIÓN JURÍDICA EN EUROPA PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA EN LA ERA GLOBAL TECNOLÓGICA

La normativa europea se considera una de las más avanzadas en lo que respecta a la protección de datos, así lo defiende, por ejemplo, la misma Zuboff. Sin embargo, hay ciertos aspectos muy criticables de esta regulación y que al final ofrecen la clave para combatir el sistema.

Esta normativa se ha ido forjando en sede judicial «caso por caso», y ha dado lugar a la positivización del derecho a la protección de datos como derecho fundamental de nueva generación distinto del derecho a la privacidad. Así aparece reconocido en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (ratificado por España el 27 de enero de 1984), y también en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre de 2006. Además, en el ámbito europeo tiene relevancia el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD) y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DPD); la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo); y la Directiva 2011/24⁴⁹.

[deja-que-esta-aplicacion-le-rastree-las-nuevas-reglas-de-privacidad-de-apple-sacuden-el-mercado-publicitario.html](#) (última consulta: 28 de abril de 2021).

⁴⁹ Aunque no estoy de acuerdo con muchas de sus afirmaciones en el análisis, se puede consultar GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.; *Nuevo Reglamento de protección de datos versus Big Data*, *Op. cit.*, pp. 27-28.

El objetivo de este trabajo no es realizar un análisis pormenorizado de las normas mencionadas, pero sí advertir de algunas conclusiones que se desprenden de la lectura del conjunto. Detrás de la regulación de los datos personales aparece una controversia importante entre la consideración de los datos personales como bienes intangibles a proteger a través de un derecho fundamental que entronca con la dignidad humana, y su consideración de bienes con valor económico en el mercado que pueden ser objeto de disposición por parte de su titular. Mientras en Estados Unidos los datos personales se han mercantilizado y son considerados *property rights*⁵⁰, en Europa la teoría es que entren en la órbita de un derecho fundamental independiente.

Con todo, en el ámbito europeo siguen existiendo contradicciones significativas, como sucede también en el contexto español con el traslado de esa misma normativa (así la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía Digitales que entró en vigor el 6 de diciembre de 2018 y que adapta precisamente el Reglamento General de Protección de Datos europeo, vigente desde el 25 de mayo de 2018).

Desde el principio, el derecho a la protección de datos se ha ponderado en los diferentes contextos al comportar de hecho un valor de mercado importantísimo, es decir, que la cuestión ha sido siempre una cuestión de competencia, porque la obtención de datos personales permite a una empresa privada adquirir poder en el mercado. Por eso, el Convenio núm. 108 del Consejo solo supone un refuerzo a las autoridades para ejercer *cierto* control sobre lo que se considera un hecho consolidado, que es la mercantilización de las conductas convertidas en datos. Y por eso también los aspectos troncales del Reglamento de protección de datos de 2016 son la obtención del consentimiento, el deber de información, la obligación de notificar los fallos de seguridad, el registro de las actividades de tratamiento, o los derechos de los interesados que se circunscriben básicamente a los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), o al conocido derecho al olvido asociado a aquellos (TJUE Caso Google *versus* España).

En el mismo sentido se dirige el escudo de privacidad entre Europa y Estados Unidos (*EU-USA Privacy Shield*) para que las transferencias de datos comerciales sean más fáciles y seguras. O las diversas guías que existen de Google, o en España de la Agencia Española de Protección de datos.

La realidad es que el reconocimiento legal paulatino del empoderamiento del titular sobre sus datos personales está siendo la clave para su mercantilización. Una normativa, que se basa en el consentimiento informado o en la información al usuario de la elaboración de perfiles y las consecuencias que pueden tener, no es suficiente, porque se da por hecho lo que en la base es cuestionable: la cosificación a la

⁵⁰ Hay autores que optan por esta perspectiva, véase NAVAS NAVARRO, S.; «Datos personales y mercado», en Navas Navarro, S. (coord.); *Inteligencia artificial, tecnología, Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 259-278, en concreto p. 264.

que es sometida la vida de los individuos y, por tanto, la cosificación de los individuos mismos.

No se ha resuelto aún la contraposición entre la consideración de los datos personales en clave de derechos fundamentales y la visión de los datos personales como derechos de propiedad y más parece que ambas visiones, aparentemente incompatibles, se han hecho converger, con los problemas que ello genera⁵¹.

El derecho fundamental a la protección de datos difícilmente va a proteger la dignidad de las personas cuando se traslada a ellas, que deben consentir o revocar un consentimiento, un peso imposible de soportar, ya que las empresas están en una situación de ventaja que juega, como he mencionado antes, con la difusión de la inevitabilidad del fenómeno digital, la habituación y la cada vez mayor dependencia de los usuarios a los servicios ofrecidos.

Asimismo, hay que insistir en que la vulnerabilidad de los individuos aumenta exponencialmente porque los datos son rescatados por empresas privadas que los venden sin realmente estar interesados en el fin para los que van a ser utilizados y que puede diferir del meramente comercial y, todo ello, bajo la consigna de guiar con medios sutiles (apenas perceptibles) las conductas de los usuarios en masa, de tal manera que aumente la predictibilidad de las mismas. En este sistema se vende la «personalización», pero la voluntad de los individuos se difumina completamente. Realmente, el dualismo individuo-colectividad se pierde.

El propio Estado está siendo seducido por las posibilidades ofrecidas por este sistema sin realmente ser consciente de la manipulación del nuevo poder, que es quien tiene la información, quien la maneja y guía a su antojo, que es en definitiva quién decide quien gobierna^{52,53}.

Es inquietante observar, además, que la labor de este poder esté únicamente dirigida a generar beneficios económicos y sea completamente indiferente a aspectos tan fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Poco importa al sistema que se perpetúen estereotipos que discriminan a colectivos vulnerables o que se generen otros distintos que vuelvan a jerarquizar injustamente a la

⁵¹ En este sentido, véase VÍCTOR, J. M.; «The EU General Data Protection Regulation. Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy», in *The Yale Law Journal*, 123:513, 2013 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317903, última consulta: 10 de mayo de 2021).

⁵² De hecho, se apela al sistema y los datos que este puede ofrecer para cuestiones penales (terroristas, asesinatos, etc...), aunque se haga con las garantías por ahora previstas por la ley. Véase por ejemplo ORTIZ PRADILLO, J. C.; *La investigación del delito en la era digital*, Castilla La Mancha, Fundación Alternativas, 2013.

⁵³ Por otra parte, la colaboración entre empresas privadas y Estado para el control y moldeamiento de las conductas es evidente en algunos países como China. Se trata del sistema llamado de reputación social que clasifica a las personas y establece premios y castigos. De todos modos, allí parece que el Estado se ha percatado de que el poder lo tienen que tener ellos y no las empresas privadas, creando un auténtico proyecto de Estado.

humanidad. Poco importa, en realidad, cómo se comporten, lo que digan o defiendan los individuos. Todo se instrumentaliza para un mismo fin: la eficiencia del conjunto que se conseguirá a través de la predicción de conductas.

El éxito de este sistema está garantizado porque no utiliza el terror, y esconde secretamente sus auténticas intenciones en un sistema en apariencia defensor de la libertad y la autonomía del sujeto que decide sobre su actividad, y de la comunicación y participación cada vez más fluida de todos dentro de un mundo digital con tremendas posibilidades para facilitar la tarea de las instituciones públicas, hacer más fáciles nuestras complicadas vidas, y permitir la diversión y el ocio que tanto anhela el ser humano en esta estresada sociedad.

Estamos ante una situación compleja en la que reina la incertidumbre en las relaciones sociales humanas, una sociedad aquejada por males cada vez más evidentes sobre el medio ambiente y cuyos instrumentos clásicos de política generan más que nunca desconfianza. Este escenario ha sido aprovechado por el sistema que ha ofrecido una aparente solución (como también, si se recuerda bien, la ofrecieron las ideologías totalitarias en su momento⁵⁴). El objetivo final es perseguir la certeza y la seguridad, es la eficacia social y se hace de manera más inteligente que el totalitarismo histórico en el que los derechos individuales de los sujetos deben ceder violentamente ante ese bien superior.

En la introducción, he hablado de la lucidez de las tesis comunitaristas como crítica al liberalismo clásico, no obstante, sería un despropósito permitir el desarrollo de una sociedad donde los individuos no son agentes participativos en la configuración de ese bien común superior. Se pueda hablar quizás de un nuevo colectivismo⁵⁵, respaldado paradójicamente por el neoliberalismo que conjuga invariablemente la libertad extrema de unos pocos frente a la necesaria subyugación del resto. Además, el bien superior de este nuevo sistema no es realmente una sociedad más armónica, eficiente o segura y ni mucho menos justa, en el sentido material del que hablamos de Justicia con

⁵⁴ No se puede dejar de citar a ARENDT, H.; *Los orígenes del totalitarismo*, trad. G. Solona, Madrid, Taurus, 1998.

⁵⁵ Zuboff cita la suerte de colectivismo de Pentland, pero también a Skinner (ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 581 ss.), autor de la antes nombrada novela *Walden Two* (SKINNER, B. F.; *Beyond Freedom and Dignity*, Alfred A. Knof, Inc., 1971; en este trabajo se ha consultado la traducción española, Skinner, B. F.; *Más allá de la libertad y la dignidad*, trad. J. J. Coy, Barcelona, Martínez Roca, 1986, especialmente el capítulo «¿Qué es el hombre?», pp. 170 ss.).

<https://desarmandolacultura.files.wordpress.com/2018/04/skinner-b-f-mas-alla-de-la-libertad-y-la-dignidad.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Críticas a esta visión: CHOMSKY, N.; «The case against B. F. Skinner», *New York Review of Books*, 30 de diciembre de 1971: <https://www.nybooks.com/articles/1971/12/30/the-case-against-bf-skinner/> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Sobre el colectivismo ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*, pp. 668 ss.

mayúsculas. El bien superior es, como lo ha sido siempre, la eficiencia para la ganancia económica.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CRECIENTE VULNERABILIDAD DE TODOS EN LA SOCIEDAD POST-PANDEMICA DE SUJETOS NO PARTICIPANTES Y EL PAPEL DEL DERECHO

La pandemia mundial ha acelerado y garantizado el éxito del sistema del capitalismo de la vigilancia. Por una parte, se apela constantemente a la libertad frente a las restricciones y la sociedad digital es la plataforma por excelencia para ejercer esa libertad; por otra, se ansía con fervor seguridad frente a la incerteza social en todas las esferas de la vida. El nuevo poder a través de la tecnología se presenta como un modelo difuminador de los clásicos binomios y, por tanto, también del eterno dualismo libertad-seguridad al hacer creer erróneamente que concede ambos. Otorga libertad, pero la libertad brindada en la sociedad digital (dentro y también fuera de la red) es una ilusión generada por nuestra ignorancia, ya que es precisamente el ejercicio de esa libertad lo que se utiliza secretamente para nuestra subyugación. Igualmente se ofrece seguridad en un contexto donde la política y el Derecho parecen haber fracasado habiendo generado absoluta desconfianza, y donde la Ciencia ha ganado la batalla. Sin embargo, hay que tener presente el tipo de seguridad de la que se está hablando.

Como explica el profesor Javier de Lucas, la pandemia ha hecho que el valor de seguridad se transforme en una necesidad básica frente a la conciencia de vulnerabilidad humana⁵⁶. En este contexto la Ciencia se rodea «del aura de la necesidad racional, de la objetividad, de la capacidad de superar la limitación de los recursos y, por tanto, se presenta como el campo de conocimiento a posibilitar la realización del sueño proteico del dominio de la naturaleza y la eliminación de la lucha por esos bienes limitados»⁵⁷.

De Lucas se refiere a la Ciencia encaminada a la salud, pero se pueden rescatar esas mismas ideas y aplicarlas al sistema del capitalismo de la vigilancia al que le interesa que sea la Ciencia (en este caso las Ciencias Sociales Cuantitativas y el *Big Data*) y no la política ni el Derecho la que proporcione ideas de sociedades más eficientes, a la vez que respetuosas con el medio ambiente. Esas ideas son bien exhibidas al ser los que dirigen el sistema quienes tienen las informa-

⁵⁶ DE LUCAS, J.; «El Derecho frente a la pandemia. Un introducción», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, Monográfico sobre Pandemia y Derecho, núm. 28, 2020, pp. 16-37, en concreto pp. 17, 19. En realidad, el objetivo principal del texto De Lucas es incluir la garantía de la vida saludable como contenido de la seguridad jurídica.

⁵⁷ *Ibid.*; p. 20.

ción y, por tanto, la autoridad para crear proyectos donde no hay por qué renunciar al modo de vida al que nos hemos acomodado (al modo de producción, distribución y consumo de bienes). De nuevo, el conocimiento y la información son poder.

No obstante, el mito de la Ciencia es fácilmente desmontable en cuanto no es posible afirmar la existencia de evidencias científicas definitivas. En este caso del que hablamos, las consecuencias de los errores de esa ciencia predictiva podrían ser de gran gravedad, ya que afectan a los seres humanos mismos. La naturaleza humana está juego en un sistema que mercantiliza y guía las conductas humanas y que, incluso, interviene en nuestras emociones y empatía.

Por eso, la pandemia conduce al mismo tiempo a otra reflexión bien distinta que creo que no ha sido suficientemente enfatizada: se debe repensar la seguridad como garantía de los bienes jurídicos que consideramos relevantes. En este caso del que hablamos, la cuestión clave está en la desmercantilización de nuestras conductas convertidas en datos. Si se desposee a los seres humanos de su dignidad, se acrecienta aun más su vulnerabilidad en la dimensión patogénica del concepto⁵⁸. Vuelvo a las palabras de Honneth, la cosificación o reificación de las relaciones humanas relega el reconocimiento de los otros y de uno mismo como seres dignos y la consecuencia es una merma en la autonomía, porque esta solo se alcanza a través de un proceso intersubjetivo de relaciones basadas en el reconocimiento mutuo.

El sistema del capitalismo de la vigilancia cosifica las relaciones humanas y, con ello, impide de entrada ese primer paso esencial para la construcción de las concepciones morales de los individuos sobre el bien y la vida buena. Sin reconocimiento de la dignidad humana, la comunicación se torna una tarea imposible.

Igualmente, el sistema actúa en un segundo paso en las propias relaciones intersubjetivas, utilizando mecanismos de guía de las

⁵⁸ Martha Albertson Fineman distingue tres dimensiones de la vulnerabilidad. En primer lugar, la vulnerabilidad es universal y una condición humana inevitable y constante en el ser humano. En segundo lugar, la vulnerabilidad se experimenta de forma diferente por cada individuo dependiendo de su contexto. Por último, la vulnerabilidad puede ser provocada por la estructura socio-política y económica, y no depender directamente de la condición humana. En suma, existen tres tipos de vulnerabilidades: la inherente, la contextual y la patogénica. Véase FINEMAN, M. A.; «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», in Fineman, M. A. and Grear, A.; *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, (England)/Burlington (USA), Surrey Ashgate Publishing Ltd, 2013, pp. 13-27, pp. 20 ss. Otros autores retoman, aunque con ciertas diferencias, esta división de Martha Albertson Fineman. Véase MACKENZIE, C.; «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», in Mackenzie, C., Rogers W. and Dodds, S.; *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford/ New York, Oxford University Press, 2014, pp. 33-59, pp. 33-59.

También *Id.*; «Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis», in Piper, M. and Veltman, A.; *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 15-41, pp. 15-41.

conductas que hacen que ese intercambio subjetivo de argumentos sobre las distintas concepciones sea mediado, a veces falseado, sin que los individuos sean conscientes de esa intervención y pensando que son realmente libres en sus decisiones. El poder instrumental del capitalismo de la vigilancia actúa de manera muy perspicaz precisamente allí donde la autonomía se despliega, utilizando en su provecho un concepto de libertad y autonomía que se forja en la relación con los otros, pero que todavía no ha calado en las concepciones de los propios individuos que, creyéndose más autosuficientes de lo que son, no son conscientes de la manera en que pueden verse viciadas sus decisiones.

Desde mi punto de vista, la política y, en especial, el Derecho han de ser el instrumento que brinde la seguridad relacionada con ofrecer garantías de derechos, además de certeza⁵⁹. Al fin y al cabo ambos son instrumentos que, a pesar de carecer de objetividad, al menos están basados en el consenso mutuo en torno a unos valores y unos derechos esenciales que quieren *asegurarse*. Es así que el Derecho debe perseguir ese sentido de seguridad, y que los individuos no sean cosificados ni sus conductas sean mediatizadas o guiadas, puesto que el fin del Derecho⁶⁰ es la dignidad de todos. La pandemia nos ha enseñado que somos vulnerables innatamente (vulnerabilidad humana), como cuerpos con necesidad de cuidado y, también, somos vulnerables en contextos en los que se niega nuestra dignidad y se impide nuestra participación (vulnerabilidad contextual y patogénica).

⁵⁹ Ciertamente, la aspiración y la base fundamental de la política y el Derecho ha sido siempre ofrecer certeza, aunque en realidad este anhelo no puede basarse en verdades objetivas, en mucha mayor medida todavía que la Ciencia que tampoco puede hacerlo. En el pensamiento antiguo de Platón la certeza la concedía el soberano a través de las leyes, puesto que era él quien tiene el conocimiento de la Verdad. Esta misma idea hizo triunfar a los sistemas despóticos, donde el gobierno sabe qué es mejor para el pueblo y, asimismo, es la idea que hizo en su momento triunfar a la Ciencia como saber de lo verdadero. No obstante, la certeza del Derecho tiene que ver más con un presupuesto del mismo Derecho y no tanto con un valor a perseguir por este. La seguridad como certeza es una condición *sine qua non* que hace referencia a la necesidad de normas claras, a la ausencia de contradicciones y el conocimiento de las mismas por parte de los sujetos que deben ajustarse a ellas. Según Gregorio Peces-Barba la seguridad actúa en tres dimensiones: en relación al origen del poder (legitimidad jurídica), al ejercicio del poder (procedimientos de decisión jurídica respecto a órganos y reglas) y al mismo poder (principios de organización y de interpretación del Derecho) (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 246). La seguridad como certeza es un presupuesto del Derecho, y se convierte en un fin (valor a perseguir) del mismo cuando hace referencia a la garantía de los derechos de los individuos.

⁶⁰ Los fines del Derecho a la manera de IHERING, R. VON; *El fin del Derecho*, Granada, Comares, Colección crítica del Derecho, 2011.

Más que palabras: aspectos de la misoginia en línea

More Than Words: Aspects of Online Misogyny

Por MARILÙ PORCHIA
Italian Bar of Law

Por PAULO FERNANDO LÉVANO G.
Universidad de Lima

RESUMEN

La conceptualización y el marco legal del odio en las democracias contemporáneas están en el centro de la atención por su proximidad al problema de la libertad de expresión. La reciente migración del discurso público de ambientes desconectados a escenarios en línea nos obliga a adoptar enfoques más penetrantes en esta cuestión, para entender cómo las dinámicas de género se reproducen entre los usuarios de internet. El artículo ofrece una aproximación legal, desde una perspectiva de género, al odio tal y como aparece en la legislación internacional y europea, con el fin de comparar las legislaciones de Italia y España. El objetivo es mediar el conflicto entre libertad de expresión y los compromisos que los Estados asumen para dotar a específicos sujetos de protección contra formas de violencia de género que ocurren en internet.

ABSTRACT

The conceptualization and legal framework of hate in contemporary democracies have recently moved to the spotlight, with respect to the traditional attention paid to the issue of freedom of speech. The recent migration

of public speech from offline environments to online scenarios requires a more insightful treatment of these issues, in order to understand how there are gendered dynamics that are reproduced among Internet users. The article provides a legal survey of hate in International and European legislation but from a gender perspective, in order to deal later with a comparison between Italian and Spanish legislations. Its aim is to address the conflict between freedom of speech and the compromises that States assume in order to provide specific subjects with protection against online forms of gender-based violence.

SUMARIO: 1. OBSERVACIONES PRELIMINARES. – 2. CONCEPTO JURÍDICO Y MARCO LEGAL DEL DISCURSO DE ODIOS. – 3. EL ESTADO DESCONECTADO DEL DISCURSO DE ODIOS. – 4. LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DE ODIOS EN LÍNEA. – 5. LA LEGISLACIÓN ITALIANA EN PERSPECTIVA. – 6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

SUMMARY: 1. PRELIMINARY OBSERVATIONS. – 2. LEGAL CONCEPT AND LEGAL FRAMEWORK OF HATE SPEECH. – 3. THE STATE DISCONNECTED FROM HATE SPEECH. – 4. THE CHALLENGES OF HATE SPEECH ONLINE. – 5. ITALIAN LEGISLATION IN PERSPECTIVE. – 6. CONCLUSIVE REMARKS.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

¿Hay discursos a los que no se puede conceder libre expresión en el espacio público? De haberlos, ¿quién debería decidir cuáles? ¿Qué impacto tendrían dichas decisiones en la democracia? Es necesario comprender que cualquier supuesta sinergia entre libertad de expresión y democracia no debe subestimar el alcance global que el discurso de odio en línea tiene en la actualidad. Pero entonces, ¿quién debería proteger a los grupos particularmente vulnerables del discurso de odio en línea, y a través de qué medios debería llevarse a cabo dicha protección? Cómo regular de forma viable es una pregunta que, con creciente preocupación, vienen planteándose todas las democracias del mundo¹. Una estrategia podría consistir en revisar las medidas contra su proliferación efectiva en el medio virtual². Este artículo presenta otro enfoque, uno en el que es significativo constatar que las interacciones entre usuarios y proveedores de servicios de internet

¹ O'REGAN, C.; «Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?», *Current legal problems*, 71(1), 2018, pp. 403-429.

² ULLMANN, S. and TOMALIN, M.; «Quarantining online hate speech: technical and ethical perspectives», *Ethics and Information Technology*, 22(1), 2020, pp. 69-80.

reproducen las mismas dinámicas que ocurren fuera de línea. Al admitir que estos usuarios a menudo perciben que los servicios son una extensión del espacio público, afirmamos que el discurso de odio en línea es indicativo de una actitud coherente con un tipo de relación social en el mundo real, reconociendo que tal afirmación debe ser examinada en el marco de concretos y adecuados procedimientos de supervisión de los contenidos que generan los usuarios³.

El objetivo de este artículo es presentar afinidades más que diferencias entre los mundos virtuales y desconectados de los usuarios. Por lo tanto, nos centraremos en el discurso de odio en línea como expresión de la misoginia que prolifera en el mismo espacio público que toda democracia se propone gobernar. La violencia de género requiere una expansión de discurso más que de espacio para que la continuidad entre ambos mundos sea reveladora⁴, ya que el rol de los proveedores no consiste en abrir un nuevo espacio de expresión sino en adoptar una posición con respecto al discurso de odio, que puede o no ser percibida como permisiva en la medida en que se convierte en una política algorítmica.

Buscamos identificar las dificultades de contener la proliferación del discurso de odio en línea que reflejan las dificultades de contenerla en el mundo desconectado, asumiendo que en ambos casos el discurso misógino en acción es el mismo. La ciberviolencia es una manifestación nueva de problemas viejos y proviene de formas delictivas conocidas como delitos de odio⁵. En esta perspectiva, la erosión de la democracia no es un efecto, sino que se ve exacerbada por la polarización, la desinformación y el discurso de odio⁶. El discurso de odio en línea en particular puede verse como el resultado de la interacción entre el estado de derecho y la proliferación de formas de ciberviolencia.

La ONU, la Unión Europea y el Consejo de Europa ya han reconocido un grado de coincidencia de discurso de odio en línea y violencia de género –la relatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer admitió en 2018 que la mayoría de los Estados aún no reconocen este tipo de violencia en los espacios digitales como una forma real de violencia, lo que vuelve a su vez urgente una legislación con

³ FRENDA, S. *et alii*; «Online Hate Speech against Women: Automatic Identification of Misogyny and Sexism on Twitter», *Journal of Intelligent and Fuzzy Systems*, 36(5), 2019, pp. 4743-4752.

⁴ LANIYA, O. O.; «Street smut: gender, media, and the legal power dynamics of street harassment, or “hey sexy” and other verbal ejaculations», *Columbia Journal of Gender and Law*, 14(1), 2005, pp. 91-130.

⁵ LEWIS, R. *et alii*; «Online/Offline Continuities: exploring misogyny and hate in online abuse of feminists», en Lumsden, K.; Harmer, E.; *Online Othering. Exploring digital violence and discrimination on the web* Cham, Palgrave, 2019, pp. 121-43.

⁶ International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *The Global State of Democracy 2019. Addressing the Ills, Reviving the Promise* International IDEA, Stockholm, 2019, 258 pp.

medidas específicas⁷. Todavía no hay definiciones comunes para el fenómeno del discurso de odio en línea dirigido a las usuarias. En general se habla de misoginia en línea, aunque existe una gama de expresiones, lo que debería explicar su virtual omnipresencia. Por lo tanto, si bien es posible presentar el tema sin enfocarse en el odio de género, enfocarse en ciertas dinámicas particulares y formas de daño producidas puede ser útil para plantear una conexión entre la ciberviolencia contra la mujer y un marco global de lucha contra la proliferación de estas formas de violencia en el ciberespacio, una conexión que permita reconocer mejor lo inherente a esta continuidad desconectado-virtual (*offline-online*) y su impacto en la libertad de expresión⁸. Ir a fondo en los marcos (que pueden ser legales, gubernamentales, constitucionales y éticos) significa conducirse por sobre un campo minado de paradojas, tensiones y áreas grises: ¿qué constituye un daño o acto violento en correspondencia con un delito y qué medidas se pueden tomar sin infringir la libertad de expresión, tanto la de los presuntos abusadores como de las mujeres que en el otro extremo reciben el abuso?⁹

En las tradiciones legales del Reino Unido y los Estados Unidos, la libertad de expresión constituye un derecho inalienable y la prohibición de cualquier tipo de censura guarda la mayor importancia. Dicho esto, incluso si defender la libertad de expresión es el rasgo autóctono de toda sociedad democrática moderna, la libertad de expresión puede hallarse concretamente sujeta a muchas limitaciones¹⁰. En una sociedad democrática los derechos fundamentales pueden ser restringidos, siempre que dichas limitaciones sigan una línea de legitimidad y proporcionalidad: asumimos que una restricción a la libertad de expresión en defensa de los grupos que son objeto de violencia de género es legítima, tanto a nivel internacional de los derechos humanos como a nivel del derecho constitucional. Afirmar tal legitimidad, desde nuestro punto de vista, equivale a reconocer la presión que el estado actual de la cuestión ejerce sobre el derecho. Debemos asumir que internet no es una extensión directa del espacio público y, del mismo modo, las TICs no solo facilitan o agregan las formas existentes de misoginia, sino que también crean otras formas nuevas, vinculadas al potencial tecnológico de los nuevos medios de comunicación, a las políticas algorítmicas de ciertas plataformas, a las culturas administrativas que producen las nuevas tecnologías y a las personas y comunidades que se sirven de ellas¹¹.

⁷ HRC, Report of the Human Rights Council on its thirty-eighth session, 21 June 2018 (A/HRC/38/2).

⁸ LEWIS, R.; *Op. cit.*, p. 130.

⁹ GING, D. and Siapera, E.; «Special issue on online misogyny», 18(4) *Feminist Media Studies* 18(4), 2018, pp. 515-524.

¹⁰ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 408.

¹¹ GING, D. and SIAPERA, E.; *op. cit.*

Por todo lo dicho, este artículo se propone ir a fondo en esas áreas grises: luego de presentar de manera general los conceptos jurídicos de discurso y delito de odio, junto con el marco legal en que dichos conceptos se colocan, se propondrá una revisión de la legislación italiana en lo relativo al discurso de odio en línea, con el objetivo de evaluar los esfuerzos legislativos y de la sociedad civil para garantizar la protección de quienes sufren de estas formas de violencia; en las conclusiones trazaremos una comparación sucinta con la legislación española. Hablaremos de víctimas tal y como se las define en el Convenio de Estambul¹², pero reconocemos que en un contexto discursivo político es preferible hablar de «sobrevivientes» de violencia de género¹³.

2. CONCEPTO JURÍDICO Y MARCO LEGAL DEL DISCURSO DE ODIO

En primer lugar, es fundamental distinguir los conceptos de delito y de discurso de odio. Esta confusión es alimentada por representaciones y narraciones mediáticas que se ven facilitadas debido a que las redes sociales no parecen ser neutrales con respecto a los contenidos que se comparten, dejando entrever una política algorítmica. Abordaremos simultáneamente ambas manifestaciones, dado que las formas en línea de violencia de género hacen suponer que hay una relación, por lo menos en potencia, con el discurso de odio, que podría ser preliminar a episodios más peligrosos fuera de línea.

Para la Oficina para los Derechos Humanos de la OSCE, los delitos de odio son actos delictivos motivados por prejuicios en contra de específicos grupos de personas. Se debe cumplir con dos criterios: el acto debe constituir un delito en virtud del Derecho penal y debe haber sido claramente motivado por los prejuicios del agresor. Las motivaciones se pueden definir como opiniones negativas preconcebidas, suposiciones, estereotipos o expresiones de intolerancia dirigidas hacia un grupo específico cuyos miembros comparten una característica fundamental de la personalidad (el origen étnico, el idioma, la religión, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual e identidad de género)¹⁴. Un perpetrador selecciona intencionalmente al blanco de su delito. Al cometer un delito ordinario, o inmediatamente antes o después de cometerlo, el autor expresa su

¹² CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.05.2011 (CETS No. 210).

¹³ LIZ, K.; *Surviving Sexual Violence (Feminist Perspectives)*, Cambridge, Polity Press, 1988, 288 pp. Dunn, J. L.; *Judging Victims: Why We Stigmatize Survivors & How They Reclaim Respect*, Boulder, Lynne Rienner, 2012, 241 pp.

¹⁴ ODIHR; *Hate Crime Victims in the Criminal Justice System*, Warsaw, ODIHR, 2020, 173 pp.

hostilidad hacia el estatus «protegido» del blanco y del grupo comunitario al que pertenece.

Hay cuatro características de los delitos de odio: son multi-ofensivos, infra-reportados, infra-registrados y tienden a los extremos¹⁵. Un delito multi-ofensivo produce efectos que van más allá de la víctima misma y alcanzan indirectamente al grupo al que pertenece el o la agraviada: los delitos de odio pueden concebirse como delitos con un mensaje¹⁶. Los delitos de odio suelen ser infra-reportados, ya que las víctimas y los testigos no siempre los denuncian, principalmente debido a la percepción sesgada de los grupos protegidos para con las propias autoridades, con la tendencia a cuestionar la legitimidad de su intervención¹⁷. La dificultad es simétrica, puesto que los delitos de odio también suelen ser infra-registrados. Las autoridades no suelen reconocer la naturaleza discriminatoria del delito por denunciar, por lo tanto, no lo registran como tal en sus actas. El infra-registro generalizado de los delitos de odio es un fenómeno bien documentado¹⁸ y su mayor impacto recae sobre la decisión misma de la víctima de buscar la ayuda de las autoridades. La tendencia al extremo deriva de la normalización del odio: en la medida en que la sociedad acepte la discriminación de los grupos protegidos, aumentarán las ocurrencias de delitos de odio. Si la incidencia de estos delitos se vuelve más grave, la misma cohesión social puede verse en peligro, con repercusiones en el orden público y la seguridad. Dondequiera que la sociedad en su conjunto acepte comportamientos discriminatorios de baja intensidad y no se los perciba como ofensivos, sino como nada más que palabras, bromas o gestos sin importancia, dichos comportamientos no podrán ser contrastados adecuadamente, derivando en actos delictivos más graves.

La definición legal de delito de odio varía considerablemente entre país y país. Lo que se considera como meritorio de protección por cada legislación nacional cambia, con algunas continuidades históricas en relación a ciertos grupos (romaníes, judíos, población LGBT+), en especial en el contexto geográfico de Europa Oriental¹⁹. El caso de las personas LGBT+ en la UE demuestra cómo estas diferencias a menudo derivan de las dificultades que se presentan al definir la cate-

¹⁵ BOECKMANN, R. and TURPIN-PETROSINO, C.; «Understanding the harm of hate crime», *Journal of Social Issues*, 58(2), 2002, pp. 207-225.

¹⁶ LEWIS, R.; *Op. cit.*, p. 135.

¹⁷ PEZZELLA, F. S. *et alii*; «The Dark Figure of Hate Crime Underreporting», *American Behavioral Scientist*, enero 2019.

¹⁸ FRA; *Hate crime recording and data collection practice across the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, 104 pp.

¹⁹ BELAVUSAU, U.; «Hate speech and constitutional democracy in Eastern Europe: transitional and militant? (Czech Republic, Hungary and Poland)», *Israel Law Review* 47(1), 2014, pp. 27-61.

goría por proteger²⁰. Por ejemplo, en 23 de los 49 países miembros no existe una legislación que proteja a las personas no heterosexuales del discurso de odio ni de los delitos de odio²¹. La creación de dichas legislaciones está supeditada a políticas mayormente parlamentarias²².

Un marco legal para los delitos de odio es indicado en algunos tratados internacionales: tanto el ICCPR como la ICERD requieren que los firmatarios combatan contra la normalización de la discriminación por motivos nacionales o religiosos²³. Es importante resaltar la proximidad entre discriminación e incitación: penalizar la discriminación busca proteger una igualdad formal, mientras que la lucha legal contra el discurso de odio apunta a sancionar la incitación a la hostilidad contra ciertos grupos que son el objetivo vulnerable de delitos de odio.

Más puntualmente, la ECRI requiere que tales actos sean criminalizados²⁴. En una decisión histórica²⁵, el TEDH afirmó la existencia del deber de investigar posibles motivaciones racistas detrás de los actos de violencia por parte de autoridades estatales y que, de faltar a tal deber, el Estado miembro viola lo que dispone el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶. El TEDH ha reconocido explícitamente que los delitos de odio requieren una respuesta proporcional al daño causado por parte de la justicia penal: al investigar incidentes violentos, las autoridades estatales tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para sacar a la luz cualquier prejuicio racial que pueda haber jugado un rol en los hechos. De no hacerlo, se terminaría por tratar estas manifestaciones de violencia de la misma manera en que se tratan los casos que, al contrario, no tienen connotación alguna de odio. Es decir, sería ignorar deliberadamente la

²⁰ SIDIROPOULOU, K.; «Gender Identity Minorities and workplace legislation in Europe, GLO Discussion Paper No. 410» (Leibniz Information Centre for Economics, 2019).

²¹ BJØRGO, T. and RAVNDAL, J. A.; «Extreme-Right Violence and Terrorism: Concepts, Patterns, and Responses» (ICCT Policy Brief, 2019).

²² GODZISZ, P. and PUDZIANOWSKA, D.; «Do Some Identities Deserve More Protection Than Others? The Case of Anti-LGBT Hate Crime Laws in Poland», en Schweppe, J.; Walters, M.; *The Globalization of Hate: Internationalizing Hate Crime* Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 174-189.

²³ UNGA Resolution 36/55, 25 November 1981, Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (U. N. Doc. A/36/684, 1981), artículo 4.

²⁴ ECRI General Policy Recommendation No. 7, 13 December 2002, on National Legislation To Combat Racism And Racial Discrimination (CRI 8 REV. 2003).

²⁵ *Nachova v Bulgaria* App No 43577/98 ECHR, Court (Grand Chamber) 06.07. 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII, paras 160-168.

²⁶ CoE Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocols No.11 and No.14, 4 November 1950 (CETS No. 005, 4. XI.1950)

naturaleza específica de actos que atentan muy seriamente contra los derechos fundamentales de las personas²⁷.

3. EL ESTADO DESCONECTADO DEL DISCURSO DE ODIOS

No existe una definición legal inequívoca de «discurso de odio» en los textos legales internacionales y no parece posible perseguir legalmente delito alguno basándonos en una terminología ambigua. Nuestra sugerencia inicial de restringir la libertad de expresión de los perpetradores evoca una ambigüedad en el contexto de un orden democrático. El discurso de odio ya ha sido reconocido en el ICCPR: el artículo 19 establece el derecho a la libertad de expresión aunque el artículo 20 expresamente pone límites a este derecho en casos de apología del odio entre nacionalidades, del odio racial o religioso, que constituyen incitación a la discriminación, hostilidad y violencia²⁸. ICERD obliga a sus firmatarios a erradicar toda forma de discriminación mediante la promoción del entendimiento entre todas las personas²⁹. Algunos estados participantes han presentado reservas frente a los requisitos de estos dispositivos, preocupados por el riesgo de limitar la libertad de expresión en sus respectivas jurisdicciones, ya que parece obvio que la difusión solo puede tener lugar a través de alguna forma de expresión en público³⁰.

Si para el delito de odio no existe una definición legal válida en distintas jurisdicciones nacionales, en el caso del discurso de odio ni siquiera hay una definición internacional. Aunque la mayoría de los Estados han adoptado leyes que prohíben expresiones equivalentes a discurso de odio, las definiciones difieren ligeramente al determinar qué es lo que se está prohibiendo³¹ y esa falta de uniformidad refleja precisamente la ausencia de términos internacionales de entendimiento. Los problemas surgen con el uso de la palabra «discurso», ya que se interpreta que las restricciones pueden aplicarse solo a expresiones verbales de odio.

El primer reconocimiento legal del discurso de odio en línea fue realizado por la Asamblea General de la ONU en 2012, al reconocer que los mismos derechos que las personas tienen en el mundo desco-

²⁷ *Secic v Croatia* App No 40116/02 ECHR, Court (First Section) 31.08.2007, Reports of Judgments and Decisions 2007, para 66.

²⁸ UNGA Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, International Covenant on Civil and Political Rights, (UN Treaty Series, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407).

²⁹ UNGA Resolution 2106 (XX), 21 December 1965, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (UN, Treaty Series, vol. 660, p. 195), artículo 4(a).

³⁰ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 410.

³¹ WEBER, A.; *Manual on hate speech*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2009, 96 pp.

nectado también deben protegerse en línea³². El Consejo de Derechos Humanos también aclara que cualquier limitación que se aplique a formas electrónicas de expresión debe justificarse con los mismos criterios que son válidos para formas no electrónicas de comunicación³³. Naturalmente, esta condición transfiere el problema de establecer restricciones a la libertad de expresión de los usuarios hacia los proveedores de servicios de Internet, quienes deben disponer de procedimientos transparentes para cumplir con tal fin. Esto se desprende claramente de la Declaración Conjunta del 2017, a cargo de la ONU, la OSCE, la OEA y la CADHP: los intermediarios nunca deben ser responsabilizados por los contenidos subidos por los usuarios, a menos que un contenido específico sea el objeto de una orden judicial conforme con las garantías del debido proceso. Se entiende que dicha orden debe ser instada por un órgano de supervisión independiente, imparcial, que posee tanto la autoridad para eliminar dicho contenido como la capacidad técnica para hacerlo³⁴.

La UE ha adoptado un plan de acción común para combatir el racismo y la xenofobia³⁵ tomando la Decisión Marco del Consejo Europeo, que define como discurso de odio cualquier tipo de incitación pública a la discriminación o a la violencia contra grupos específicos³⁶. El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha establecido que discurso de odio es toda forma de expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia inspiradas en un nacionalismo agresivo, así como cualquier forma de discriminación y hostilidad hacia las minorías, los migrantes y segundas generaciones³⁷. Nótese que estas definiciones no hablan de daño individual ni apuntan a una relación causal precisa entre la expresión del discurso de odio y los actos discriminatorios en sí: cualquier daño producido por el discurso de odio, a diferencia de la discriminación, debe entenderse como colectivo y se asume que tiene como objetivo dar un mensaje al grupo al que pertenece el o la agraviada. El TEDH se refiere al discurso de odio en términos parecidos, pero también incluye motivaciones relacionadas con la intolerancia religiosa³⁸, así como la glorificación gratuita de la vio-

³² UNGA Resolution 66/184, 6 February 2012, Information and communications technologies for development (UN Doc A/RES/66/184).

³³ UNGA, Human Rights Council Twenty-seventh session, 30 June 2014, The right to privacy in the digital age (A/HRC/27/37).

³⁴ UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression and others, FOM. GAL/3/17 3 March 2017, Joint Declaration on Freedom of Expression and Fake News, Disinformation and Propaganda (UN Doc FOM. GAL/3/17).

³⁵ EC Joint Action 96/443/JHA, 15 July 1996 (OJ L 185).

³⁶ EC Framework Decision 2008/913/JHA, 6 December 2008 (OJ L 328).

³⁷ CoE Recommendation No. R (97) 20, 30 October 1997, on «hate speech» (R 97 (20) 1997).

³⁸ *Gündüz v Turkey* App No 35071/97, ECHR Court (First Section) 04.12.2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-XI, para 40.

lencia³⁹. En todo caso, se pone el acento en las motivaciones y prejuicios del autor y en cómo su discurso no conlleva el derecho a la libertad de expresión.

El discurso de odio en línea pone de manifiesto que un mayor grado de difusión y una mayor facilidad de acceso implican amenazas más peligrosas para la cohesión social, porque el daño a las víctimas es más pernicioso. Con respecto al espacio público, el mundo virtual parece más denso, con la multiplicación de acciones diversificadas y simultáneas realizadas por un usuario en la red. La conexión con otros usuarios es instantánea, por lo que la autocontención previa de los propios usuarios es casi nula. Los proveedores de servicios solo pueden actuar *a posteriori* mediante un sistema de responsabilidades basado en notificaciones. Pero ello deja un lapso vacío en el que la víctima puede ser revictimizada por causa de la producción espontánea de discurso de odio, que vuelve más intensas las consecuencias del abuso sufrido. La viralización del contenido agravante termina por ser un efecto directo de la falta de restricciones sobre cualquier forma de expresión. Es sensato postular que el discurso de odio en línea tiene efectos especialmente dañinos porque ocurre ante «audiencias» más grandes, lo que aumenta el elemento de vergüenza pública de la víctima: ser atacado verbalmente tiende a producir mayor vergüenza o ansiedad cuando sucede frente a familiares, amistades o compañeros de trabajo, pero ser víctima de discurso de odio en línea indispone no solo ante un círculo cercano sino que también ante todos los miembros de la red social. La vergüenza y la pública exposición producen una imagen bastante asimétrica, yendo más allá de las motivaciones del perpetrador, hacia la experiencia misma de la víctima. Este es un campo que las cuatro características antes mencionadas no han explorado: al ser más denso que el espacio público, la línea que divide lo privado de lo público es muy borrosa. Si pensáramos en las características que distinguen al odio en línea del odio desconectado, podríamos enumerar cuatro de ellas: anonimato, invisibilidad, comunidad e instantaneidad. Juntas, estas cuatro cualidades explican y exacerban la espontaneidad del odio en línea⁴⁰.

4. LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DE ODIO EN LÍNEA

La Comisión Europea ha incluido explícitamente al discurso de odio en su definición de violencia de género en línea: amenazas ilegales, acoso o incitación a la violencia por medio de correos electróni-

³⁹ *Sürek v. Turkey* App No 26682/95, ECHR Court (Grand Chamber) 08.07.1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-IV, para 62.

⁴⁰ BROWN, A.; «What is so special about online (as compared to offline) hate speech?», *Ethnicities*, 18(3), 2018, pp. 297-326.

cos o mensajes no deseados u ofensivos, a menudo sexualmente explícitos, difusión de imágenes o vídeos privados de la víctima sin su consentimiento y comentarios inapropiados en redes sociales⁴¹. La definición de violencia de género contenida en las Recomendaciones Generales de la CEDAW es todavía más inclusiva, hablando de violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, incluyendo aquellos actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, la amenaza de dichos actos, la coerción y otros atentados contra la libertad de las agraviadas. Esta definición de 1992 se amplió en 2017⁴² para poder incluir los casos de misoginia en línea, especificando que la violencia de género en línea se manifiesta en una variedad continua de formas interrelacionadas y recurrentes, de entornos privados y públicos que representan la continuidad entre el mundo desconectado y la comunicación en línea. La Resolución de 2013 de la Asamblea General adopta un lenguaje más específico sobre la mediación de la tecnología: abusos relacionados con la tecnología de la información dirigidos a mujeres (incluyendo a las defensoras de derechos humanos), acoso cibernético, violación de la privacidad, censura y pirateo de cuentas de correo electrónico, móviles y otros dispositivos, con el fin de desacreditar y/o incitar otras violaciones y abusos contra las agraviadas. Todo esto corresponde a una manifestación sistémica de discriminación por razones de género, lo que precisa de respuestas efectivas y compatibles con los derechos humanos⁴³.

En 2018, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU votó una serie de resoluciones con respecto a la promoción y protección de los derechos humanos en Internet⁴⁴. Varias de ellas abordan el tema específico de la misoginia en línea. La ECRI por primera vez incluyó motivaciones basadas en el género en 2015, poniendo el acento en la gravedad del discurso de odio motivado por sexo o identidad de género de la víctima⁴⁵.

La Comisión Europea ha elaborado un Código de Conducta para contrarrestar el discurso de odio en línea, en colaboración con los principales actores del mercado de redes sociales y mensajería instantánea⁴⁶. El Código constituye un compromiso (no vinculante) para

⁴¹ EC; *Special Eurobarometer 449 «Gender-based violence»*, Brussels, European Union, 2016, 102 pp.

⁴² CEDAW General Recommendation No. 19, 1992, Violence against women (UN Doc CEDAW/C/GC/19); CEDAW General recommendation No. 35, 26 July 2017, on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19 (UN Doc CEDAW/C/GC/35).

⁴³ UNGA Resolution 53/144, 18 December 2013 (UN Doc A/68/181).

⁴⁴ UNHRC Resolutions A/HRC/38/L.10/Rev.1, 4 July 2018, on the promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development (UN Doc A/HRC/38/L.10/Rev.1).

⁴⁵ ECRI General Policy Recommendation No.15, 8 December 2015, on Combating Hate Speech (CRI(2016)15).

⁴⁶ EC Code of Conduct, 30 Junio 2016, on Countering Illegal Hate Speech, (COM(2017) 354 final).

combatir, en los términos de la Decisión Marco, el discurso de odio dentro de las 24 horas de su ocurrencia. El Código ha sido firmado por Google, YouTube, Facebook, Twitter y los servicios gestionados por Microsoft; luego, entre 2018 y 2019, Instagram, Google+, Dailymotion, Snap y Jeuxvideo se han unido a la iniciativa, lo que significa que el Código actualmente cubre prácticamente toda la cuota de mercado en la UE de las plataformas donde ocurre con frecuencia el discurso de odio.

El Código ha contribuido notablemente en la revisión y eliminación del contenido identificado como discurso de odio⁴⁷. La confianza y la cooperación entre los proveedores ha aumentado a lo largo de un proceso estructurado de aprendizaje mutuo e intercambio de conocimientos. El Código se remonta a la Directiva de Comercio Electrónico de 2000⁴⁸, por la cual los Estados miembros presionan a actores privados para que adopten políticas internas de bloqueo de contenidos. Subsisten limitaciones técnicas en términos de eficiencia, además de la necesidad de proteger la libertad de expresión del usuario⁴⁹. Sin embargo, el proveedor puede ser considerado responsable por proporcionar el acceso a dichos contenidos, lo que puede entenderse como un estímulo para que los mismos usuarios denuncien los abusos. La UE promueve oficialmente un sistema de responsabilidades basado en notificaciones. Identificar e intentar bloquear el contenido publicado en determinados sitios web u otros foros aparentemente dedicados a la difusión de contenidos ilegales puede parecer el camino más eficaz. Pero hay que considerar que tales medidas pueden establecer precedentes peligrosos, toda vez que las líneas directas de los proveedores y los organismos administrativos estarían asumiendo el papel de un tribunal. Con el tiempo, este enfoque podría dar lugar a una forma de censura conducida por canales privados⁵⁰. Por ejemplo, Facebook dispone de un fuero interno, el Oversight Board para el monitoreo y aplicación de sus normas comunitarias. A propósito de la suspensión de las redes sociales de Donald Trump, este Board ha declarado que la decisión es legítima, pero que un tiempo indefinido no es adecuado para la suspensión, argumentando que, a diferencia del bloqueo de contenidos, el bloqueo de cuentas personales debería ser sólo temporal. Pero que dicha decisión provenga de un fuero interno y no de un

⁴⁷ Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online. State of Play (Information note for the JHA Council, 27 Septiembre 2019) 12522/19.

⁴⁸ EC Directive 2000/31/EC, 8 June 2000, on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ L 178, 17.7.2000).

⁴⁹ MONTERO, E. and VAN ENIS, Q.; «Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle», *Computer Law and Security Review*, 27(1), 2011, pp. 21-35.

⁵⁰ AKDENIZ, Y.; «To block or not to block: European approaches to content regulation and implications for freedom of expression», *Computer Law and Security Review*, 26(3), 2010, pp. 260-272.

tribunal deja entender lo porosa que es, en este contexto, la frontera entre lo público y lo privado, o aquella entre lo nacional y lo internacional. Conviene recordar que los gigantes de las redes sociales operan en su mayoría desde los Estados Unidos y que, a decir de sus representantes, Facebook ha eliminado 1,3 billones de perfiles falsos y 12 millones de noticias falsas acerca de la covid-19 mediante un imponente cuerpo de moderadores⁵¹.

La proliferación de discursos de odio se ve favorecida por la sensación de anonimato e impunidad asociada con el uso de Internet⁵². Su espontaneidad es su fuerte: a través de toda la dinámica de violencia de género que sucede en línea, lo más probable es que el discurso de odio ocurra como instancia *ex post* de victimización: por ejemplo, el discurso de odio aumenta la culpa de las víctimas porque facilita la agregación de «ajenos» que probablemente juzgarán indulgentemente al agresor en casos de violencia doméstica⁵³. Las definiciones de acoso cibernético proporcionadas por el EIGE⁵⁴ permiten ver que los comportamientos misóginos pueden adaptarse rápidamente a esta nueva forma del espacio público tecnológicamente articulado⁵⁵. En particular, los contenidos pueden permanecer en línea durante mucho tiempo en diferentes formatos y en múltiples plataformas, que pueden vincularse mutua y repetidamente. Por lo tanto, una publicación que se vuelve viral puede tener una visibilidad inaudita⁵⁶.

⁵¹ DOMINIONI, S.; «Big Tech: Social pubblici e regole private?», *ISPI online*, 15 enero 2021.

⁵² RAINIE, L. *et alii*; «The Future of Free Speech, Trolls, Anonymity, and Fake News Online», Pew Research Center, 29 Marzo 2017.

⁵³ PENONE, G. and SPACCATINI, F. «Attribution of blame to gender violence victims: A literature review of antecedents, consequences and measures of victim blame», *Psicologia Sociale*, 2, 2019 pp. 133-164.

⁵⁴ EIGE; *Cyber violence against women and girls*, Vilna, European Institute for Gender Equality, 2017, pp. 11.

⁵⁵ ZARGAR, S. *et alii*; «A survey of defense mechanisms against distributed denial of service (DDoS) flooding attacks», *IEEE Communications Surveys and Tutorials*, 15(4), 2013, pp. 2046-2069. ARMSTRONG, E. *et alii*; «“Good Girls”: gender, social class, and slut discourse on campus», *Social Psychology Quarterly*, 77(2), 2014, pp. 100-122; DAKANALIS, A. *et alii*; «The role of body shame and body image avoidant behaviors in deliberate self-harm», *Journal of Psychosomatic Research*, 74(6), 2013, p. 543; LIEVENS, E. «Bullying and sexting in social networks: protecting minors from criminal acts or empowering minors to cope with risky behaviour», *International Journal of Law Crime and Justice*, 42(3), 2014, pp. 251-270. WALKER, K. and SLEATH, E.; «A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media», *Aggression and Violent Behavior*, 36, 2017, pp. 9-24. WOLAK, J. *et alii*; «Sextortion of Minors: Characteristics and Dynamics», *Journal of Adolescent Health*, 62(1), 2018, pp. 72-79. ESTANO, N.; «Nouvelles technologies et cyberharcèlement: l'exemple du swatting», *Criminologie*, 52(2), 2019, pp. 13-32

⁵⁶ IGLEZAKIS, I.; «The legal regulation of hate speech on the Internet», in Synodinou T.-E. *et alii*; *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, 433 pp., p. 369.

Al considerar el estado general de la lucha contra la misoginia en línea, podemos afirmar que el Consejo de Europa ha actuado de manera más incisiva respecto a la UE. De hecho, la Estrategia de Gobernanza de Internet para el periodo 2016-2019 incluye la meta de monitorear las medidas implementadas para proteger a las mujeres y los niños del abuso en línea, del acoso cibernético, del sexismo y de las amenazas de violencia sexual⁵⁷. Por último, recordamos que el Comité de Ministros ha firmado en 2011 el Convenio de Estambul, el primer acuerdo multilateral legalmente vinculante para contener la violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁵⁸. Se trata de un acontecimiento importante debido a sus definiciones explícitas: por ejemplo, el artículo 3 define estas formas de violencia como discriminación y violaciones de los derechos humanos, toda vez que causen o puedan causar daños físicos, sexuales, psicológicos o económicos: se incluyen las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad. La violencia doméstica es definida como todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro del núcleo familiar o de una pareja íntima, ya sea que se trate de cónyuges, parejas anteriores o actuales, o que el perpetrador comparta o haya compartido domicilio con la víctima⁵⁹. Varias formas de violencia definidas en la Convención pueden extenderse a Internet: se da violencia psicológica cuando se daña seriamente la integridad psicológica de una persona a través de la coerción o las amenazas⁶⁰, se da acoso cuando se toma parte repetidamente en conductas amenazantes dirigidas a la agraviada, quien es inducida a temer por su seguridad⁶¹, pero más interesante para nuestra discusión sobre las continuidades entre mundo real y mundo virtual es la definición de acoso sexual como cualquier forma de conducta verbal, no verbal o física que no es deseada por la agraviada, de clara naturaleza sexual y con el propósito o efecto de violar su dignidad de persona al crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo para ella⁶².

Además de la Convención de Estambul, la Convención sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa y su Protocolo Adicional también constituyen instrumentos legalmente vinculantes⁶³. El Protocolo Adicional complementa las disposiciones de la Convención en

⁵⁷ CoE Internet Governance Strategy for 2016-2019, 30 March 2016 (CM(2016)10); CdE Strategy for the Rights of the Child 2016-2021, 3 March 2016 (CM(2017) 114).

⁵⁸ CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.05.2011 (CETS No. 210)

⁵⁹ *Ibid*, art 3. b.

⁶⁰ *Ibid*, artículo 33.

⁶¹ *Ibid*, artículo 34.

⁶² *Ibid*, artículo 40.

⁶³ CoE Convention on Cybercrime, 23 November 2001 (ETS No.185); CoE Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, 28 January 2003, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No.189).

relación a la penalización de los actos racistas o xenófobos cometidos por medios informáticos. Cabe resaltar que en el Protocolo figura una definición de discurso de odio que incluye la discriminación por razones de género. La política oficial de *gender mainstreaming* de la UE⁶⁴ permite inferir que este tipo de iniciativas relativas al discurso de odio son útiles para examinar el comportamiento del sistema legal italiano ante la violencia de género en línea.

5. LA LEGISLACIÓN ITALIANA EN PERSPECTIVA

Las conceptualizaciones de «delito de odio» y «discurso de odio» presentes en el sistema legal italiano no permiten definiciones estrictas, siendo el odio un agravante penal. La diferencia parece ordinaria, pero solo si la consideramos desde el punto de vista de la mera eficacia; un agravante puede ser eficaz y como tal puede ser considerado tanto por los legisladores como por los jueces, pero dicha eficacia no despeja la cuestión de su validez. Como agravante, el odio no puede ser penalizado eficazmente porque la validez de las normas que lo regulan (es decir, la solidez de las definiciones) no se transmite claramente a través del sistema legal en su totalidad⁶⁵. En este sentido, la atención de los legisladores se ha centrado recientemente en el tema del odio, lo que puede verse en una sección de la actividad parlamentaria italiana. En 2019 se crea una Comisión Extraordinaria en el Senado para contrastar la intolerancia, y la incitación al odio y la violencia, basadas también en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. Según la perspectiva de los legisladores, la configuración del discurso de odio en línea como agravante es suficiente porque no son más que palabras.

En Italia, la libertad de expresión y la igualdad gozan de una posición privilegiada en la legislación, pero el marco legal existente relativo al discurso de odio no está actualizado respecto a los estándares más recientes del Derecho internacional y de los derechos humanos. Las características protegidas en el Código Penal italiano son la raza, el origen étnico, la nacionalidad y la religión. Además, la aplicación e interpretación de las disposiciones vigentes del Derecho penal con respecto al discurso de odio son a menudo inconsistentes, con considerables dificultades para identificar aquellos contenidos que constituyen delito.

La principal fuente de Derecho penal para la prohibición de los discursos de odio de acuerdo con lo establecido por la ICERD es la

⁶⁴ DI SARCINA, F.; *Cultura di genere e politiche di pari opportunità. Il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, Il Mulino, 2015, 184 pp

⁶⁵ KELSEN, H.; «The pure theory of law and analytical jurisprudence», *Harvard Law Review*, 55(1), 1941, pp. 44-70.

Ley 654/1975, con una larga historia de enmiendas⁶⁶. De castigar actos discriminatorios realizados por motivos raciales, étnicos y religiosos, se pasó a abordar los delitos de opinión, hasta incluir la negación y minimización en público del Holocausto. En 2018, con el DL 21/2018⁶⁷, se incorporan los artículos 604 *bis* y 604 *ter* al Código Penal. El 604 *bis* prohíbe cualquier organización, asociación, movimiento o grupo cuyos propósitos incluyan la incitación a la discriminación o la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. El término «instigar» se introdujo en la enmienda de 2006 para reemplazar el término «incitar»⁶⁸. El artículo 604 *ter* ahora establece que el odio del perpetrador es una circunstancia agravante: el tiempo de la pena aumenta si los delitos son cometidos con fines de discriminación u odio racial, étnico, nacional o religioso, así como los delitos cometidos con el fin de facilitar la actividad de grupos que apoyan dichas causas. A pesar de que ninguna de estas disposiciones se refiere específicamente a la difusión de discursos de odio a través de Internet, por lo general se considera que vale lo mismo que ha sido establecido para delitos o agravantes cometidos fuera de línea.

El Parlamento ha ratificado en 2008 la Convención sobre Cibercriminalidad, sin embargo, el Protocolo Adicional no ha sido ratificado, a pesar de haber sido firmado en 2011. En cambio, se ha promovido una Declaración de derechos de internet en 2015 con el objetivo de sentar las bases constitucionales para los principios y derechos supranacionales garantizados para los usuarios de Internet. Se establece que las restricciones a la libertad de expresión no están permitidas pero que se ha de garantizar la protección de la dignidad de las personas contra los abusos relacionados con comportamientos

⁶⁶ Ley 654/1975, 13.10.1975, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 (GU Serie Generale n.337 del 23-12-1975 – Suppl. Ordinario); Ley 205/1993, 25.06.1993, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa (GU Serie Generale n.148 del 26-06-1993); L 85/206, 24.02.2006 Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (GU Serie Generale n.60 del 13-03-2006); Ley 115/2016, 16.06.2016, Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale (GU Serie Generale n.149 del 28-06-2016); Ley 167/2017, 20.11.2017, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2017 (GU Serie Generale n.277 del 27-11-2017).

⁶⁷ DL 21/2018, 1.03.2018, Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103. (18G00046) (GU Serie Generale n.68 del 22-03-2018).

⁶⁸ PUGLISI, G.; «Sharp Words. A Contribution to the Study of Crimes against Equality between Structural Aporias and Alternatives to Custodial Sentences», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2018, pp. 1325-1358.

como la instigación al odio y la discriminación⁶⁹. El sistema legal italiano parece heredar la configuración contradictoria del problema que vimos al revisar los artículos 19 y 20 del ICCPR: ¿es más valiosa la protección de la libertad de expresión que la protección de los grupos históricamente discriminados, aunque consideremos restricciones a la libertad de expresión de racistas, xenófobos, misóginos, homotransfóbicos, etc.?

Por ejemplo, las actividades de la Unidad de monitoreo de noticias falsas sobre la covid-19 se dedican específicamente a sitios web y a plataformas de redes sociales, dejando fuera de su alcance la autorregulación de los medios tradicionales, que en realidad son un importante constructor de consensos políticos, precisamente con el espíritu de evitar una crisis de la libertad de expresión. Pero este tipo de intervenciones son percibidas como represivas y como probable antesala de formas generalizadas de censura⁷⁰. El problema de fondo es la asimetría: censurar un contenido por motivos objetivos termina por promover otro tipo de contenidos por motivos subjetivos, institucionales, oficiales y «comprobados»⁷¹.

La continuidad más notable entre los medios tradicionales y su contraparte en línea está dada en la Ley 71/2017, que amplía la prohibición del discurso de odio a los casos de ciberacoso, definido como cualquier forma de presión, agresión, acoso, chantaje, insulto, denigración, difamación, robo de identidad, alteración, adquisición ilícita, manipulación o procesamiento ilegal de datos personales realizado en línea y que perjudique a menores, así como la difusión en línea de contenidos relativos a uno o más miembros de la familia del menor, con la intención predominante de aislar y dañarlo gravemente, abusar o ridiculizarlo⁷². En la medida en que se trate específicamente de penalizar el ciberacoso en aras de la protección de menores, se entiende fácilmente que no se detecte conflicto alguno con la libertad de expresión. El Parlamento Europeo ha elaborado una definición de ciberacoso como acoso verbal o psicológico reiterado y llevado a cabo en línea⁷³. El ciberacoso difiere del acoso en vivo en varios aspectos, como el anonimato que ofrece Internet, la capacidad de llegar a un público más amplio, la falta de sentido de responsabilidad de los perpetradores y la renuencia de las víctimas a denunciar los múltiples e instantáneos incidentes en red. Cabe destacar que la Ley 71/2017 tam-

⁶⁹ Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet, Declaration of Internet Right, 28 Julio 2015.

⁷⁰ FUSARO, G.; «Misinformation, an old issue in a new context. The state of the art in Italy», *ASTRID Rassegna*, 12, 2018.

⁷¹ PONTI, B.; «Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19», *La Costituzione.info*, 7 Abril 2020.

⁷² Legge 71/2017, 29.05. 2017, Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo. (17G00085) (GU Serie Generale n.127 del 03-06-2017), artículo 1 co. 2.

⁷³ EP; *Cyberbullying among young people*, Brussels, European Union, 2016, 192 pp.

bién permite que los menores de 14 años que sean objeto de «cibera-coso» se comuniquen, a través de sus padres o tutores, con el proveedor de un servicio en línea para solicitar el retiro o el bloqueo de cualquiera de sus datos personales difundidos en línea. Se puede hablar de un derecho a la autodeterminación informativa, que es el de cada persona a tener control sobre cada etapa del uso de su información personal⁷⁴, pero yendo más allá de la persona del perpetrador, buscando un equilibrio entre el deseo de existir en el mundo en línea y la protección de datos personales de la víctima⁷⁵.

Podemos concluir que el actual marco legal italiano no es adecuado para proporcionar protección a las víctimas de discurso de odio (ni fuera de línea, en todo caso). Para el estado es necesario equilibrar la gama de principios normativos que sustentan el compromiso con la libertad de expresión con aquellos propósitos que sustentan las prohibiciones que apuntan al discurso de odio⁷⁶. La creciente preocupación sobre los niveles desproporcionados de misoginia en línea se ha vuelto recientemente un tema urgente para el debate. Las mujeres son, por mucho, los principales objetivos del discurso de odio en línea, por lo que tienen un riesgo relativamente mayor de sufrir violencia durante sus experiencias como usuarias. A pesar de los aspectos considerados en esta discusión, el sistema legal italiano lucha por enmarcar los comportamientos criminales asociados con la violencia de género en la categoría de delito o discurso de odio. El texto unificado conocido como Ley Zan⁷⁷, que reúne cuatro proyectos de ley anteriores⁷⁸, propone enmiendas a los artículos 604 *bis* y 604 *ter* del Código Penal para incluir razones de sexo, orientación sexual o identidad de género y discapacidad. Tras haber sido aprobado por la Cámara en noviembre del 2020, el texto aguarda todavía la aprobación del Senado.

Al legislar sobre la naturaleza multiforme de las manifestaciones de odio, hay que tomar en serio la presencia cada vez más pronunciada de misoginia y homofobia, lo que requiere una perspectiva de género⁷⁹. A pesar de que el compromiso en esa dirección se ve enormemente simplificado por la presencia de legislación internacional y europea sobre el tema, la propuesta no logra superar la etapa de debate parlamentario. Como consecuencia, ninguna de estas conductas

⁷⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, V.; *Delete. The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 272 pp., p. 82.

⁷⁵ FAZLIOGLU, M.; «Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet», *International Data Privacy Law*, 3(3), 2013, pp. 149-157.

⁷⁶ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 27.

⁷⁷ Proyecto de ley C 107, 23 March 2018, Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità.

⁷⁸ Proyecto de ley C 569, 2 May 2018; Proyecto de ley C 868, 4 July 2018; Proyecto de ley 2171, 14 October 2019.

⁷⁹ GOISIS, L.; *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Nápoles, Jovene, 2019, 586 pp.

está regulada por la ley. Este fracaso ha tenido y seguirá teniendo un fuerte impacto en la vida de las víctimas de discurso de odio, vulnerables desde el punto de vista legal: de hecho, la misoginia es a menudo tratada como un problema inofensivo en la medida en que a las mujeres se les dice explícita o implícitamente que es mejor que lo soporten, pero sus impactos psicológicos, emocionales y/o físicos son reales y bastante graves⁸⁰. La encuesta de la FRA de 2014 encontró que una de cada diez mujeres en la Unión Europea refiere haber experimentado ciberacoso desde la edad de 15 años. La misma encuesta sugiere que hasta el 90% de las víctimas de pornografía no consensuada son mujeres, pero los elementos de infra-reporte e infra-denuncia dan la impresión de que esta cifra podría ser en verdad más grande⁸¹.

Luego de un largo debate, después del Reino Unido, Malta, Alemania y Francia, la pornografía no consensuada es incluida en el Código Penal italiano en julio de 2019. La clave para la aprobación del proyecto de ley fue la visibilidad de casos emblemáticos que crearon conciencia sobre el problema: Tiziana Cantone se suicidó en 2016, cerca de un año después de la difusión en redes de un vídeo íntimo de ella, distribuido sin su consentimiento por su expareja sentimental. El vídeo se viralizó rápidamente e inspiró memes y mercadería. La sentencia del Tribunal de Nápoles⁸², semanas antes de su suicidio, había ordenado a Facebook eliminar todo contenido relacionado con Tiziana, pero también ordenó a esta pagar costos legales de hasta 20,000 EUR. Tampoco se le reconoció el derecho al olvido, dados los tiempos recientes en los que tuvo lugar la difusión de las imágenes, lo que permite comprender que el tiempo transcurrido desde el delito debe entenderse como la oportunidad (o la ausencia de esta) del perpetrador para monetizar el tráfico del contenido en cuestión⁸³. Una investigación fiscal *post mortem* por incitación al suicidio adoptó la improbable estrategia de obligar a Apple a desbloquear el iPhone de la víctima, mediante cartas rogativas al Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Finalmente, casi un año después de la muerte de Tiziana, el caso fue archivado⁸⁴.

La Ley 69/2019, conocida como «Código Rojo»⁸⁵, proporciona un marco legislativo sólido en línea con los requisitos normativos de la

⁸⁰ CoE, *Gender Equality Strategy 2018 – 2023 Council of Europe*, Strasbourg, 2018, 53 pp.

⁸¹ FRA; *Violence against women: EU wide Survey* Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, 200 pp.

⁸² Ordenanza RG 6312/2015, Trib. Naples (North Section), 10 August 2016; ordenanza RG 9799/2016, Trib. Naples (North Section) 3 November 2016.

⁸³ LANGLOIS, G. and SLANE, A.; «Economies of reputation: the case of revenge porn» [2017] 14(2) *CC/CS* 1.

⁸⁴ Stephanie Kirchaessner, «Tiziana Cantone: seeking justice for woman who killed herself over sex tape», (*The Guardian*, 13 Octubre 2016).

⁸⁵ Ley 69/2019, 19.07.2019 Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. (19G00076) (GU Serie Generale n.173 del 25-07-2019).

Convención de Estambul. El Código Rojo da fe de la toma de conciencia de los legisladores acerca de la violencia contra la mujer como fenómeno estructural, es decir, social y colectivo, que no se limita a las esferas individuales de la víctima y del perpetrador, sino que puede representar una verdadera amenaza para la sociedad democrática, mediante interpretaciones sesgadas de la libertad de expresión que surgen de la puesta en discusión de las responsabilidades de los intermediarios. El décimo artículo de dicha ley incorpora al Código Penal el artículo 612 *ter*, relativo a la pornografía no consensuada. Cabe señalar que un reciente fallo del Tribunal Constitucional⁸⁶ confirma la asistencia legal gratuita para víctimas de delitos contra la libertad y autodeterminación sexual, con el fin de promover la denuncia de estos, pero entre dichos delitos no figura el artículo 612 *ter*.

Al hablar de pornografía no consensuada, estamos hablando de una forma de ciberviolencia facilitada por medios tecnológicos, donde un perpetrador difunde fotos o vídeos sexualmente explícitos de una víctima sin su consentimiento⁸⁷. Al igual que el ciberacoso, es una forma de humillación en línea que se alimenta y cumple con las normas y expectativas sociales con respecto a las mujeres y, particularmente, con respecto a las imágenes que representan los cuerpos y la sexualidad de ellas⁸⁸. Abordemos los aspectos performativos de la vergüenza que sigue a la distribución en línea de imágenes o grabaciones sexualmente explícitas sin el consentimiento de la víctima: la expresión *revenge porn* refleja las cuatro características de los delitos de odio (multi-ofensivo, infra-denunciado, infra-registrado, tendiente al extremo) pero deja de lado toda referencia a la privacidad y al consentimiento, que en cambio llaman la atención por su relación con aspectos del discurso de odio en línea (anonimato, invisibilidad, comunidad, instantaneidad). No decimos entonces *revenge porn* porque el término «venganza» conduce a una visión centrada en el autor y sus motivaciones de prejuicio en lugar de centrarse en la víctima, para no limitarla discursivamente en las posibles formas en que un tribunal podría considerar el tema⁸⁹.

Otras definiciones de pornografía no consensuada que aparentemente se centran en el perpetrador son «abuso sexual basado en

⁸⁶ Sentencia 1/2021, Corte Costituzionale, 11 enero 2021, GU 13 de enero de 2021 n.2, Coraggio.

⁸⁷ HINSON L. *et alii*; *Defining and measuring technology-facilitated gender-based violence*, Washington DC, International Center for Research on Women (ICRW), 2019, 8 pp.

⁸⁸ AMUNDSEN, R.; «Cruel intentions and social conventions: locating the shame in porn revenge», en Ging, D. and Siapera, E.; *Gender hate online. Understanding the new anti-feminism*, Cham, Palgrave, 2019, pp. 131-148.

⁸⁹ SEBASTIAN, M.; «Privacy and consent: the trouble with the label of revenge porn», *Feminist Media Studies*, 17(6), 2017, pp. 1107-1111.

imágenes»⁹⁰ y «explotación sexual basada en imágenes»⁹¹, para ir más allá de las limitaciones heteronormativas de la noción de venganza⁹². Además, imágenes que en otros contextos no serían recibidas como pornográficas por su puesta-en-escena (lo que distingue a la pornografía contemporánea en Internet de su anterior fase cinematográfica)⁹³ ahora lo son por el hecho de haber sido compartidas ilegalmente. Estas caracterizaciones centradas en la imagen dejan fuera de juego otras perspectivas posibles, como la vergüenza, relacionadas directamente con la exposición no consensuada de la intimidad de la víctima al público. Asumir el punto de vista de la víctima es esencial para evitar colocarla en una suerte de tina resbaladiza, donde el acoso en línea deviene en culpabilización fuera de línea. El daño está en las consecuencias para la dignidad, lo que puede abarcar el daño a todas las víctimas potenciales dada la tendencia a la culpabilización *ex post*⁹⁴.

Culpar a las víctimas en el mundo desconectado podría interpretarse como una especie de mecanismo de chivo expiatorio,⁹⁵ pero dicha interpretación va más allá de nuestro argumento: debería ser suficiente señalar el espacio en el que se discuten las responsabilidades y se crea el escenario en el que la víctima queda desprotegida. Los proveedores alojan el contenido ilegalmente distribuido, pero pueden referir que la distribución ha ocurrido sin que ellos lo supieran al no existir una obligación de filtrar contenidos, en nombre del derecho a la libertad de expresión de los usuarios: estar a favor de este manto de inmunidad implica el temor a que eliminarla resulte en una situación de disuasión excesiva, donde los proveedores eliminarían automáticamente toda publicación que pudiese provocar reclamos⁹⁶. Sin embargo, dando por sentado que el filtrado de contenidos es inaceptable, una vez que la víctima haya notificado al proveedor acerca del material ilegal, el proveedor tendrá la obligación de eliminar el material o volverlo inaccesible. No hacerlo conduciría a la pérdida de inmunidad⁹⁷. Por la naturaleza privada de los contenidos compartidos ilegalmente, la pornografía no consensuada plantea un desafío al sistema de

⁹⁰ MCGLYNN, C. *et alii*; «Beyond Revenge Porn: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse», *Feminist Legal Studies*, 25(1), 2017, pp. 25-46.

⁹¹ HENRY, N. and POWELL, A.; «Technology-Facilitated Sexual Violence: A Literature Review of Empirical Research», *Trauma Violence and Abuse* 19(2), 2018, pp. 195-208.

⁹² SEBASTIAN, M.; *op.cit.*, p. 1110.

⁹³ WILLIAMS L.; *Porn Studies*, Duke, Duke University Press, 2004, 528 pp.

⁹⁴ KIRCHENGAST, T. and CROFTS, T.; «The legal and policy contexts of “revenge porn” criminalisation: the need for multiple approaches», *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 19(1), 2019, pp. 1-29, p. 4.

⁹⁵ GIRARD, R.; *El chivo expiatorio*, Barcelona, Anagrama, 1986.

⁹⁶ TUNGATE, A.; «Bare necessities: the argument for a «revenge porn» exemption in Section 230 immunity», *Information and Communication Technology Law*, 23(2), 2014, pp. 172-188.

⁹⁷ LEE, Y. H.; «Delivering (up) a copyright-based remedy for revenge porn» [2019] 14(2) *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 14(2), 2019, pp. 99-111.

responsabilidades basado en notificaciones, potencialmente relegando las implicaciones de la libertad de expresión a un segundo plano. Al tener en cuenta estos mismos aspectos, comenzamos a ver indicios de un patrón estructural en el que es difícil para la víctima denunciar el abuso, mientras que es fácil concluir que un informe inoportuno del mismo es responsabilidad de nadie más que la misma víctima: en otras palabras, las mujeres que denuncian pueden terminar siendo culpabilizadas por parte de las autoridades y no ser tomadas en serio⁹⁸. Además, el perfil racial y la extracción social también pueden afectar el tratamiento de las mujeres al denunciar. En consecuencia, se hace difícil minimizar los efectos del discurso de odio en línea, ya que la evidencia muestra claramente lo contrario: el impacto y los daños causados por la misoginia en línea son desproporcionados.

El tercer artículo de la Constitución italiana garantiza la igualdad: todas las diferencias tienen el mismo valor, por lo tanto, son igualmente dignas de protección por parte de la ley. El estudio comparativo de los sistemas legales en los que se definen delitos y discursos de odio centrados en el género debería fortalecer el peso de nuestras consideraciones con respecto al caso italiano, especialmente con respecto al enfoque del odio como una circunstancia agravante común en materia de lucha contra la violencia de género⁹⁹. Un rediseño de la circunstancia agravante permitiría penalizar las manifestaciones de violencia de género en línea, respetando el principio de proporcionalidad en la responsabilidad de los proveedores. Las ventajas de este camino incluirían la compensación del enfoque sistémico actual de Derecho penal clásico con un marco de criminalización de la violencia contra la mujer, como prescribe la Convención de Estambul.

6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Nuestro objetivo, al abordar la continuidad en el mundo desconectado-mundo virtual de la misoginia en su forma específica de discurso de odio en línea, no ha sido el de abogar por la imposibilidad de concebir Internet como una esfera pública real¹⁰⁰, sino más bien destacar la necesidad urgente de reconfigurar el mundo digital como un espacio en el que las mujeres puedan hacer uso de servicios sin temor a ser amenazadas, maltratadas, explotadas sexualmente o

⁹⁸ BATES, S.; «Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors», *Feminist Criminology*, 12(1), 2019, pp. 22-42.

⁹⁹ MAHER, J. *et alii*; «Punishing Gendered Violence as Hate Crime: Aggravated Sentences as a Means of Recognising Hate as Motivation for Violent Crimes against Women», *The Australian Feminist Law Journal*, 47(1), 2015, pp. 177-193.

¹⁰⁰ DEAN, J.; «Why the Net is not a Public Sphere», *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*, 10(1), 2003, 95-112.

silenciadas. Obviamente, dicha reconfiguración requiere una discusión pública en el mundo real, acerca de los actos estructurados de misoginia y los procesos normativos asociados. Consideramos que la implementación de textos legales internacionales vinculantes es un gran paso hacia el reconocimiento de una necesidad tan urgente: una circunstancia agravante puede llevar al cambio estructural necesario. En este sentido, la aprobación de la Ley Zan sería un primer paso hacia la protección de estas víctimas.

La información proporcionada acerca del sistema legal italiano puede preparar las bases para establecer una comparación con la legislación española. Existen amplias investigaciones acerca del discurso de odio en este contexto legal, incluso en el específico caso del discurso de odio en línea¹⁰¹. Aquí también es posible reconocer una preocupación general por garantizar la libertad de expresión, aunque en lo penal se dé efectivamente una expansión del derecho en materia, «un radical desbordamiento con preterición del equilibrio adecuado de ponderación de los derechos en juego»¹⁰². Con la reforma penal de 2015 se llegó a la fórmula actual de incitación al odio por razones de género en el artículo 510 CP: dicho artículo sanciona a quien fomente la discriminación, el odio o la violencia contra grupos cuya protección debe ser identificada. El delito consiste en la expresión de calificativos, descripciones o expresiones cuyo contenido y mensaje es la incitación al odio, en otras palabras, consiste en la puesta en peligro, un peligro especificado en un mensaje con un contenido característico al que se refieren los convenios internacionales de los que resulta el tipo penal. Para su aplicación, el tipo penal requiere la confirmación de la comisión de delitos incluidos en el discurso de odio, pues esta inclusión ya supone la comisión de conductas que inciten directa o indirectamente el odio, la violencia o la discriminación. El artículo impone penas para la difusión del discurso de odio en línea, lo que permite afirmar que la legislación española reconoce que Internet es un importante marco de ejecución para la violencia de género en línea, aunque al privilegiar la penalización por encima de la prevención no parece buscar el empoderamiento de las usuarias¹⁰³. «En la evaluación de las medidas legales frente al *hate speech* debe concurrir la justificación moral (la deliberación sobre lo justo) con la prudencial»¹⁰⁴.

¹⁰¹ GASCÓN CUENCA, A.; *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur, Aranzadi, 2016.

¹⁰² LANDA GOROSTIZA, J. M.; «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-19, 2020, 1-34; p. 29.

¹⁰³ VEGA MONTIEL, A.; *Ciberviolencia contra las mujeres y discurso de odio sexista*, Ciudad de México, Instituto Electoral de la Ciudad de México, 2019.

¹⁰⁴ MARCIANI BURGOS, B.; «El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal», *Revista*

En el caso de la pornografía no consentida, cabe mencionar que el bien jurídico protegido en el ordenamiento jurídico español no es la libertad sexual de la víctima, como sucede en Italia, sino el derecho a la intimidad¹⁰⁵. Con el artículo 197.7 CP, el acento en esta comparación se desplaza de lo sexualmente explícito a lo íntimo, puesto que se sanciona a todo aquel que divulgue imágenes o grabaciones audiovisuales tomadas con anuencia de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, toda vez que la divulgación resulte en daño a la intimidad personal de la víctima. La condición del domicilio refleja la delimitación de los campos de acción civil y penal, pero no es la más idónea para caracterizar el espacio de la toma de imágenes como lugar no abierto al público¹⁰⁶. Lo problemático consiste en hacer coincidir la diferencia entre lo público y lo privado con aquella, respectivamente, entre lo concedido consentido y lo que no lo es. El Código Penal español delimita lo privado en términos de espacio (el domicilio) mientras que el homólogo italiano hace lo propio en términos de acción (el comportamiento sexualmente explícito). Observamos en base a esta comparación esencial que los límites a la libertad de expresión (y de acción) concebidos en términos espaciales son análogos a la diferencia entre mundo virtual y mundo desconectado, por lo que conviene reformular la diferencia en términos de acción y tutela del núcleo mínimo de derechos que un estado debe proteger: la dignidad, la vida privada en libertad moral, la protección frente a tratamientos degradantes (como emerge además de la jurisprudencia del TEDH)¹⁰⁷.

En fin, es muy importante recordar que la característica más destacada del odio es que produce un doble reclamo asimétrico de libertad de expresión, un doble reclamo que obliga a poner en perspectiva eventos recientes de democracias menos parecidas a Italia y España, como puede ser el caso de Hungría y la negativa de su parlamento a ratificar el Convenio de Estambul. Dicha asimetría hace demasiado fácil confundir las restricciones *ex ante*, que tienden a oponer las esferas abstractas de lo privado y lo público, con restricciones *ex post* propias del derecho de las víctimas a la autodeterminación informativa. Una reflexión oportuna sobre la interseccionali-

Derecho del Estado, 30, enero-junio 2013, pp. 157-198; p. 196.

¹⁰⁵ ŠEPEC, M.; «Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a Privacy Violation Offence», *International Journal of Cyber Criminology*, 13(2), diciembre 2019, pp. 418-438.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ COLLANTES, T.; «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras», *Revista de derecho penal y criminología*, 3(13), enero 2015, pp. 51-84.

¹⁰⁷ ESQUIVEL ALONSO, Y.; «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35, 2016, pp. 3-44.

dad¹⁰⁸ y las asimetrías de la libertad de expresión deja ver que el discurso de odio es parte integral de la revictimización: a partir de dicha reflexión, sugerimos que la deferencia hacia los Estados que criminalizan el discurso de odio¹⁰⁹ es el reverso de una cierta tolerancia hacia los Estados que no están comprometidos con la criminalización del odio como resultado de una ambigua defensa sin reparos de la libertad de expresión por encima de la dignidad de los grupos protegidos¹¹⁰. La dignidad humana (en sinergia con la libertad de expresión) debe ser el horizonte en la implementación de un marco gradual hacia la penalización del discurso y de los delitos de odio, un marco como, por ejemplo, el Plan de Acción de Rabat¹¹¹. Hay que preguntarse si no ha llegado el momento de recordar la importancia de los procesos de armonización que siguen a la inclusión de nuevos miembros en la UE: promover la igualdad de oportunidades para las mujeres y poner límites a la libertad de expresión no son ni una perversión comunista ni una frivolidad estadounidense¹¹². Todo lo contrario: la lucha contra todo tipo de desigualdad es una parte inherente de los valores fundamentales comunes de la UE.

¹⁰⁸ KÓVACS, M.; «Ambiguities of Emancipation: women and the ethnic question in Hungary», *Women's History Review*, 5(4), 1996, pp. 487-495.

¹⁰⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M.; *Op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰ ESQUIVEL ALONSO, Y.; *op. cit.*; p. 42.

¹¹¹ UNGA, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Irene Khan, Seventy-sixth session, 30 July 2021 (A/76/258).

¹¹² KOLLONAY LEHOCZKY, C.; «The Significance of Existing EU Sex Equality Law for Women in the New Member States. The Case of Hungary», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12(4), 2005, pp. 467-493, p. 478.

En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?*

About parenting coordination: the rights of de child guaranteed or unprotected?

Por PAULA REYES CANO
Universidad de Granada

RESUMEN

El objetivo de este artículo es alertar sobre el nuevo artefacto para la ocultación de la violencia de género: «la alta conflictividad» en las rupturas familiares. Desde estos planteamientos se pone el foco en la protección del interés superior de la infancia y adolescencia en los casos de ruptura familiar, escondiendo los daños sufridos por los hijos e hijas derivados de la violencia de género. Mostraremos cómo, para paliar los daños derivados de la «alta conflictividad», se está asentando jurisprudencialmente la coordinación de parentalidad. Mediante un análisis jurisprudencial, comprobaremos cómo este método de resolución de conflictos se aplica en contextos de violencia de género, con el fin último de restablecer o normalizar la relación del padre que ejerce violencia de género con sus hijos e hijas.

Palabras clave: *violencia de género, menores, alta conflictividad, coordinación de parentalidad, interés superior del menor.*

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, del Ministerio de Ciencia e Innovación del programa estatal de I+D+i orientado a los retos de la sociedad, denominado *Violencia de género y subordinación estructural: implementación del principio de gender mainstreaming*. IP: Juana María Gil Ruiz.

ABSTRACT

This paper sets out to warn of a new ploy to conceal gender violence: «high-conflict situations» in family break-ups. These approaches stress the protection of the best interests of children and adolescents in family break-ups, concealing the harm suffered by children as a result of gender violence. We show that parenting coordination is being consolidated in jurisprudence in an effort to palliate the harm caused by «high conflict situations». Using a jurisprudence-based analysis, we show how this conflict resolution process is applied in the context of gender violence with the goal of re-establishing or normalising relationships between fathers who resort to gender violence and their children.

Keywords: gender violence, minors, high-conflict, parenting coordination, best interests of the child.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA OCULTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LA RUPTURA FAMILIAR. – 2. LA DERIVACIÓN DE LA RUPTURA FAMILIAR HACIA LA «ALTA CONFLICTIVIDAD». – 3. EL ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL ESPECIALIZADO DURANTE EL PROCESO DE RUPTURA: LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD. – 4. EL RECHAZO DE LOS/AS NIÑOS/AS A RELACIONARSE CON EL PADRE: DIAGNÓSTICO E INTERVENCIÓN EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD. – 5. LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. – 6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: THE CONCEALMENT OF GENDER VIOLENCE AFTER FAMILY BREAKDOWN. – 2. THE DERIVATION OF FAMILY BREAKDOWN TOWARDS «HIGH CONFLICTIVITY». – 3. SPECIALIZED PROFESSIONAL ACCOMPANIMENT DURING THE BREAKUP PROCESS: PARENTING COORDINATION. – 4. CHILDREN'S REFUSAL TO RELATE TO THEIR FATHER: DIAGNOSIS AND INTERVENTION WITHIN THE FRAMEWORK OF PARENTING COORDINATION. – 5. PARENTING COORDINATION AND ITS JURISPRUDENTIAL APPLICATION IN CONTEXTS OF GENDER VIOLENCE. – 6. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN: LA OCULTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia es un gran avance en la protección de los niños y niñas y adolescentes para asegurar y promover el respeto a su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia, tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño. El propio Comité de los Derechos del Niño, el 5 de marzo de 2018, en las Observaciones fina-

les sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, recomendó que el Estado español agilizase la aprobación de leyes que garanticen la protección integral de los niños contra la violencia y aseguren su aplicación a todos los niveles. Sin embargo, en los trámites parlamentarios previos a la publicación de la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral contra la infancia y adolescencia frente a la violencia, los y las menores víctimas de la violencia de género fueron de nuevo olvidados/as, esta vez para prestar especial atención a la protección de la infancia ante las rupturas familiares.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015) reconoció a los y las menores que viven en entornos de violencia de género como víctimas. Este reconocimiento no ha conseguido transformar el escenario anterior. Los niños y niñas que viven y sufren la violencia de género siguen siendo invisibles para el sistema judicial¹. La declaración como víctimas de la violencia de género no supuso además la incorporación de normas categóricas para su protección distintas a las que ya existían, dejando a la apreciación del órgano judicial la ponderación o valoración de las medidas de protección previstas en los artículos 64 a 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (*BOE* núm. 313, de 22 de diciembre de 2004): prohibición de aproximación y comunicación, suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del padre agresor hacia los y las menores. Esta libre valoración ha traído como consecuencia la aplicación de manera anecdótica de dichas medidas de protección hacia los y las menores². En esta línea, como afirma Pilar Martín, la protección de los menores en entornos de violencia de género es una «cuestión aún no resuelta satisfactoriamente», a pesar de las distintas herramientas jurídicas que el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los/as operadores jurídicos para ello³. En este mismo sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018 puso de manifiesto: «...a pesar de su consideración de víctimas incluidos en la LO 1/2004 tras la reforma de 2015, seguimos sin otorgarles el protagonismo que requieren, sin oírlos ni escuchar lo que nos pueden decir y sus deseos, y sigue siendo una asignatura pendiente el establecer medidas civiles de protección a los mismos y su seguimiento y supervisión». En la memoria de 2019, la Fiscalía General del Estado insiste en poner en evidencia esta desprotección: «...la inhumana utilización de sus propios hijos por parte del agresor para

¹ REYES CANO, P.; *El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género*, Madrid, Reus, 2019, 318 pp.

² *Ibidem*, p. 282.

³ MARTÍN, P.; «La protección de los menores víctimas de violencia de género», *La Ley de Derecho de Familia: Revista jurídica sobre menores y familia*, 27, 2020, pp. 8-10.

provocar un daño más profundo a su pareja, la llamada violencia vicaria demanda afrontar tan cruel realidad extendiendo la protección a los menores, pero ello choca con la resistencia a considerar y tratar a los menores como víctimas con todos los derechos que ello conlleva».

El Pacto de Estado contra la violencia de género fue de gran trascendencia, principalmente porque se alcanzó un consenso institucional, político y social, así como un acuerdo en diversas medidas para avanzar en la erradicación de la violencia de género en todas sus manifestaciones. En el eje 4 del referido pacto se establecen un conjunto de medidas para intensificar la asistencia y protección de los y las menores víctimas de la violencia de género. En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021 se establece que la misma se relaciona con los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género. Dicha referencia no estaba incluida en el inicial proyecto de ley, porque de una manera incomprensible ocultaba a los y las menores víctimas de género, esta vez, tras las situaciones de ruptura familiar. Por ende, el artículo 27 establecía: «Las Administraciones Públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar, adoptando, en el ámbito de sus competencias, medidas especialmente dirigidas a las familias en esta situación con hijos y/o hijas menores de edad, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para los mismos». ¿Era urgente e ineludible regular las situaciones de ruptura familiar en una ley de protección de la infancia a la adolescencia frente a la violencia? ¿Son las rupturas familiares *per se* las que están produciendo consecuencias perjudiciales para los y las menores? Así, nebulosamente, el proyecto de ley, en un primer impulso, alertaba sobre las posibles consecuencias perjudiciales que para los menores puede tener una ruptura familiar. Y, por otro lado, paradójicamente, silenciaba a los daños en la salud y el desarrollo de las personas menores de edad que sufren la violencia de género, cuando estos menoscabos ya estaban reconocidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y la adolescencia. De esta manera, cuando pensábamos que avanzaríamos, retrocedemos.

Ante esta situación, las organizaciones de la sociedad civil y asociaciones feministas⁴ propusieron que, en trámite de enmiendas, se incluyera en los tipos de violencia hacia la infancia la violencia de género, así como que se reforzara su protección. Así las cosas, las posteriores enmiendas al articulado presentadas en el Congreso, en relación con el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la ado-

⁴ Consideraciones y propuestas de la Asociación de Mujeres Juristas Themis a las enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia y propuestas de enmiendas al Proyecto de Ley de Orgánica de protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia por parte de la Plataforma de Infancia.

lescencia frente a la violencia, y publicadas en el Boletín Oficial del Estado, de fecha cinco de noviembre de 2020, pusieron en evidencia la necesidad de intensificar la asistencia y protección de los/as menores víctimas de violencia de género, en el sentido exigido por el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en su eje 4.

De esta forma, con el objetivo de incluir los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, en la enmienda n.º 237⁵ se propuso que se añadiese un apartado b denominado «situación de violencia de género en el ámbito familiar», donde se instaba a las Administraciones Públicas, al igual que ocurría en las situaciones de ruptura familiar, a «prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que convivan en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizándose la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos». En la justificación de dicha enmienda se reconoce «que resulta esencial diferenciar las situaciones de violencia de género para adecuar la respuesta a las mismas y evitar que estas situaciones se traten como «ruptura familiar» desde un enfoque neutro que puede acarrear situaciones de desprotección y/o revictimización. Finalmente, la Ley Orgánica 8/2021 incluye esta modificación en el artículo 29.

A lo largo de este artículo analizaremos la razón de ser del primer impulso legislativo de prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar: ¿qué hay detrás de esta «bien intencionada» regulación? No podemos creer en su carácter neutral, ya que la misma evoca todo un imaginario cultural.

2. LA DERIVACIÓN DE LA RUPTURA FAMILIAR HACIA LA «ALTA CONFLICTIVIDAD»

Con el nacimiento del divorcio en la sociedad española, la «ruptura familiar» debilitó los cimientos de la familia tradicional. En palabras de Raquel Osborne, «se consagra, a diferencia de la supuesta triada padre-madre-prole de la familia nuclear a la diada madre-hijos/as como núcleo básico de la convivencia familiar», rompiéndose así «la estricta división complementaria de funciones parentales de modelos anteriores»⁶.

Esta «crisis de la familia» originó una crisis de la identidad masculina y una pérdida del poder del hombre hacia la mujer e hijos/as,

⁵ Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

⁶ OSBORNE, R.; «Del padre simbólico al padre real; la función paterna desde la modernidad», en De la Concha, A. y Osborne, R. (coords.). *Las mujeres y los niños primero. Discursos de la maternidad*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 259-282.

produciéndose de forma paralela por parte de las mujeres un cuestionamiento de las relaciones de género⁷. En consecuencia, el avance de los derechos de las mujeres y el reconocimiento de su estatuto de ciudadanas contribuyó a limitar los poderes paternos⁸.

Por otro lado, bajo el paraguas del modelo de familia tradicional, la ausencia del padre tras la separación tendrá como consecuencia disfunciones y carencias para la prole, por la falta de un «modelo sexual» que permita a los hijos y a las hijas un adecuado desarrollo de sus identidades de género, así como por la falta de autoridad paterna⁹. Por lo tanto, se defiende la importancia de la figura paterna y los perjuicios que se producen en las familias en las que existe solo la madre. Bajo esta premisa, lo mejor para el interés superior del menor es el derecho a estar con el padre, relación absolutamente necesaria para su desarrollo. En este modelo, la relación madre-hijos/as no constituye una familia, se engrandece la unidad familiar compuesta por la pareja heterosexual y los hijos y las hijas, aunque no hayan contraído matrimonio¹⁰.

De este modo, encontramos posicionamientos del ámbito de la psicología en que se afirma que el divorcio puede deteriorar gravemente el sistema familiar, produciéndose un empeoramiento en la salud física y emocional de los hijos y de las hijas. Se entiende que el desajuste en los niños y en las niñas no deriva tanto de la ruptura, como del mal funcionamiento de la familia tras la misma y el nivel de conflicto entre los progenitores¹¹. Se asevera que el sistema familiar de los hogares con progenitores separados está más debilitado para ejercer eficazmente su función parental, en comparación con «familias intactas». Estos

⁷ *Ibidem*, pp. 259-268.

⁸ HURSTEL, F.; «De los padres “ausentes” a los “nuevos padres”. Contribución a la historia de una transmisión genealógica colectiva», en Tubert, S. (ed.). *Figuras del padre*, Madrid, 1997, pp. 295-309.

⁹ BARRÓN, S.; «Ruptura de la conyugalidad e individualización materna: crisis y continuidad», en De La Concha, A. y Osborne, R. (coords.). *Las mujeres y los niños primero. Discursos de la maternidad*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 259-309.

¹⁰ FITCH, P.; *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta, 2003, 308 pp.

¹¹ FARIÑA, F., PÉREZ, V. y SEIJO, D.; «Clima familiar y coparentalidad en familias con ruptura de pareja», *Revista de estudios e investigación e psicología y educación*, Número Extra 5, 2017, pp. 295-298. MARTINON, J., CORRÁS, T., SEIJO, M., SOUTO, A. y NOVO, M.; «Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los hijos», *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 10, 2017, pp. 9-14. NOVO, M., ARCE, R. y RODRÍGUEZ, M. (2003). «Separación conyugal: consecuencias y reacciones postdivorcio de los hijos». *Revista galego-portuguesa de psicología e educación: revista de estudios e investigación en psicología y educación*, Vol. 10, 2003, pp. 197-204. FARIÑA, F., ARCE, R. y SEIJO, M.; «El conflicto familiar. Especial referencia a las consecuencias de la separación y divorcio», en Fariña, F. y Pillado, E. (comp.) *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 37-58. CORTÉS, M.; «Adaptación psicológica de los hijos al divorcio de los padres», en Fariña, F. Arce, R. Novo, M. y Seijo, D. (comp.). *Separación y Divorcio: interferencias parentales*, Madrid, NINO-Centro de Impresión Dixital, 2020, pp. 57-76.

posicionamientos acuñan el término coparentalidad positiva, entendida como el compromiso del padre y de la madre de cooperar en el cuidado y educación de su prole. Dicho término proviene del concepto de parentalidad positiva establecido en la Recomendación Rec (2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva. Esta Recomendación entiende aquella como la que se ejerce en beneficio del interés superior del niño; así, «la preocupación de los padres debe ser el bienestar y el desarrollo saludable del niño y que deben educar a sus hijos de forma que puedan desarrollarse lo mejor posible en el hogar, en el colegio, con los amigos y en la comunidad». Cuando se produce la ruptura de la pareja, el ejercicio de la coparentalidad positiva exigiría que exista respeto entre los progenitores, una comunicación fluida y eficaz, así como voluntad de acuerdo. De este modo, ambos deberían de asumir de forma responsable y en igualdad de condiciones la parentalidad, reconociendo la importancia del otro en la crianza de los hijos e hijas¹².

De esta manera, estas posturas afirman que en las familias donde el padre y la madre se encuentran separados se produce menos trabajo en equipo y la relación es peor, siendo por ello necesario, en caso de ruptura de pareja, apoyar a estas familias para fortalecer el ejercicio positivo de la parentalidad y mejorar el clima familiar a través de programas de intervención basados en la evidencia científica.¹³

Este planteamiento se realiza desde unas supuestas relaciones igualitarias entre el padre y la madre y de corresponsabilidad en la crianza, ocultando las relaciones de poder y de desigualdad existente entre hombres y mujeres, así como de violencia de género. Tal como afirma Tamar Pitch: «el cambio igualitario tiende a volver neutros, en el lenguaje y en el derecho, si bien no en la práctica y en la experiencia, los roles de los padres: madre y padre se convierten simplemente en padres equivalentes e intercambiables»¹⁴. Sin embargo, dicho cambio igualitario no es real, en las familias «intactas» siguen siendo las mujeres principalmente las responsables del trabajo doméstico y del cuidado de los hijos y de las hijas. La incorporación de las mujeres al mercado laboral no ha tenido como contraposición la incorporación del hombre al trabajo no remunerado relacionado con lo doméstico y los cuidados. De la última *Encuesta de Empleo del Tiempo* se desprende que el nacimiento de los hijos y de las hijas origina una caída de la actividad remunerada en las mujeres, así como un aumento de las tareas domésticas y de cuidado, destinando 4,5 horas más que sus parejas al día¹⁵.

¹² Véase «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida». Consejo General del Poder Judicial. 2020.

¹³ FARIÑA, F., PÉREZ, V. y SEIJO, D.; «Clima familiar y coparentalidad en familias con ruptura de pareja», *Op. cit.*, p. 11.

¹⁴ PITCH, P.; *Un derecho para dos*, Madrid, *Op. cit.*, p. 165.

¹⁵ Instituto Nacional de Estadística. 2009-2010. De igual modo, el Instituto Nacional de Estadística incluye información de la cuarta *Encuesta Europea de Calidad de Vida año 2016*, sobre el número de horas semanales que las mujeres y los

Como argumenta Cristina Carrasco, estas encuestas hacen visible que las mujeres son las responsables del trabajo del hogar y que los hombres lo realizan en una proporción mucho menor, no obstante, no miden el aspecto cualitativo del trabajo de los cuidados. No cuantifican las responsabilidades, organización y disponibilidad continua, la vigilancia por la noche, el estar atenta/o, el apoyo emocional. Tampoco las barreras sociales o laborales de las mujeres como consecuencia de la asunción de las responsabilidades del trabajo doméstico y de cuidados, así como las tensiones o malestar que generan y el bienestar que producen en los hijos y las hijas¹⁶. Hay que destacar que la pandemia en la que nos encontramos ha tenido un impacto trascendental en la vida tanto de las mujeres como de los hombres. Sin embargo, la distribución desigual preexistente en la distribución de las tareas de cuidado ha hecho que el impacto se haya producido en mayor medida en las mujeres.¹⁷ Como indica Juana María Gil Ruiz, «la necesidad de reequilibrar la vida laboral, familiar y personal y la necesidad de combatir todas las formas de violencia contra las mujeres, se erigen entre los grandes desafíos ciudadanos del siglo XXI»¹⁸.

Estas posturas mantienen que el incremento de las separaciones y divorcios ha hecho que aumenten los procesos de separación y divorcio con altos niveles de conflictividad, con consecuencias negativas en el desarrollo y evolución de los niños y de las niñas¹⁹. De manera que, ante esta alta conflictividad, se considera que es importante garantizar el derecho fundamental de los/as menores a relacionarse adecuadamente tanto con su padre como con su madre. Esto trae como resultado que el progenitor custodio deberá garantizar la relación de su hijo o hija con el otro progenitor. Se propone para paliar los daños mentales y físicos sufridos por los hijos e hijas derivadas de esta alta conflictividad la figura de la coordinación de parentalidad²⁰.

hombres de 18 y más años dedican a las actividades de cuidados y tareas del hogar, en España y UE-28. Las mujeres destinaron 38 horas semanales a actividades de cuidados y tareas del hogar, frente a las 23 horas de los hombres.

¹⁶ CARRASCO BENGUA, C.; «El tiempo más allá del reloj: las encuestas del uso del tiempo revisitadas», *Cuaderno de relaciones laborales*, Vol. 34, núm. 2, 2016, pp. 357-383.

¹⁷ Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer. *La igualdad en época de pandemia. El impacto del COVID-19 desde la perspectiva de género*, Vitoria. 2020.

¹⁸ GIL RUIZ, J. M.; «Repensando la Constitución. Una mirada al deber del trabajar y al derecho al trabajo», *Revista de Derecho Político*, núm. 104, 2019, p. 59.

¹⁹ ARCH, M.; «Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia». *Papeles del psicólogo*, Vol. 31(2), 2010, pp. 183-190.

²⁰ RIQUELME, V. y CÁNOVAS, P.; «La ruptura familiar una mirada hacia la coordinación de parentalidad». En Riquelme V., Cánovas, P. y Hoyos F. (comp.). *Pedagogía social, investigación y familias: libro de comunicaciones completas y conclusiones*. Universidad de las Islas Baleares. 2019, pp. 69-91. RODRÍGUEZ, C. y CARBONELL, X. «Coordinador de parentalidad: nueva figura profesional para el psicólogo forense». *Papeles del psicólogo*, vol. 35, núm. 3, 2014, pp. 193-200. ARIAS, F. y BERMEJO, G. «La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones». *Revista de mediación*,

3. EL ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL ESPECIALIZADO DURANTE EL PROCESO DE RUPTURA: LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD

Cuando se habla de los desajustes en los niños y niñas tras la ruptura, como consecuencia del nivel de conflicto entre sus progenitores, es necesario que nos preguntemos: ¿en cuántos de estos conflictos lo que realmente está aconteciendo es una situación de violencia de género? No podemos tapar la dimensión de la violencia de género en nuestra sociedad y su impacto en las mujeres, niños/as y adolescentes. Debemos evidenciarla y no enmascararla tras el disfraz del conflicto entre iguales. Si así lo hacemos, no estaremos viendo las causas y consecuencias de la violencia de género, de forma que el abordaje que se realice producirá un mayor detrimento hacia las mujeres e hijos/as y hacia la sociedad en general. Así las cosas, el *Informe Menores y Violencia de género*, publicado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género en el año 2020, pone de manifiesto los problemas en el bienestar y desarrollo de los y las menores asociados a la exposición de violencia de género hacia la madre: peor desarrollo académico, mayores dificultades de integración escolar y percepción de peores relaciones entre estudiantes, menor autoestima, problemas de salud física y psíquica, consumo de drogas, riesgo de adicción a Internet y redes sociales. Concluye que la exposición a la violencia de género produce en la infancia daños similares a los que se han encontrado en las mujeres que viven violencia de género.

Si miramos hacia los datos, la Macroencuesta de Violencia contra la mujer del año 2019 estima que 6 605 825 mujeres sufrieron violencia psíquica, física y sexual por parte de su pareja o expareja a lo largo de su vida, 2 197 697 en el último año. Esta encuesta también evidencia que 1 678 959 menores viven en hogares en los que la mujer está sufriendo en la actualidad algún tipo de violencia de género²¹. De los datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial se extrae que de los 109 657 divorcios y separaciones del año 2019, 65 230 fueron de mutuo acuerdo y 44 337 contenciosos. Por otro lado, en ese año se produjeron 19 716 rupturas no matrimoniales de mutuo acuerdo, así como 28 364 contenciosas. De esta forma, si relacionamos los datos sobre la magnitud de la violencia de género en España en el año 2019 con los divorcios y rupturas causados, podemos deducir la alta probabilidad de que en dichas rupturas se haya producido o esté produciendo una situación de violencia de género, incluso en aquellas que culminan en mutuo acuerdo.

Vol. 12, núm. 1, 2019, pp. 24-34. GARCÍA, H. «Hacia una justicia humana», *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 21, núm. 61, 2019, pp. 1-7.

²¹ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. «Macroencuesta de Violencia contra la mujer». 2019.

La *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial del año 2020 pone sobre la mesa el aumento de las situaciones de alta conflictividad tras la ruptura, así como su excesiva judicialización con controversias en el ejercicio de la parentalidad. Por ello, propone incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil normas que regulen la derivación de las partes en conflicto a seguimientos y o intervenciones postsentencia, que permitan que dicho conflicto se canalice de una forma adecuada²².

La referida Guía del Consejo General del Poder Judicial propone la instauración de la figura de la coordinación de parentalidad como el instrumento idóneo de intervención con familias de alta conflictividad. Expresa que esta figura proviene de experiencias americanas y canadienses, y la describe como una modalidad de resolución alternativa de conflictos focalizada en los y las menores. La coordinación de parentalidad fue definida por la Association of Family and Conciliation Courts, en el Documento Directrices para la Coordinación de parentalidad de 2005²³. De esta forma, la concreta como: «un proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos/as y –previo consentimiento de las partes y/o del Juzgado– tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del/la coordinador/a de parentalidad».

Dicha guía lo considera como un recurso a disposición de la autoridad judicial, que se dirige a ayudar a las familias en la gestión de una parentalidad positiva, así como en el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. Estima adecuada la derivación cuando se detecta una falta de capacidad y voluntad de los progenitores para solventar de manera consensuada las cuestiones referidas a sus hijos e hijas. De esta forma, argumenta la utilización de este recurso para el caso de que otros métodos de resolución pacífica de conflictos hayan resultado ineficaces, refiriéndose específicamente a la mediación familiar. Esta figura solo sería aplicable dentro del proceso judicial, en

²² Véase «Recomendaciones y propuestas de mejora», en la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*.

²³ Association of Families and Conciliation Courts. «Directrices para la coordinación de parentalidad» (traducidas por el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de la Sección de Alternativas de Resolución y Gestión de Conflictos del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, España, en colaboración con el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de Espacio Sistémico de Buenos Aires, Argentina), 2013.

fase de ejecución de resoluciones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de comunicaciones y estancias²⁴.

Pone de manifiesto que la coordinación de parentalidad no está regulada en el ordenamiento jurídico español, por lo que es urgente que se realice una regulación detallada y homogénea de la misma. De esta manera, establece: «convendría contar con una normativa específica que regule la eventual derivación de la familia a programas de intervención familiar, coordinación de parentalidad o recursos equivalentes en situaciones de alta conflictividad que no hayan podido ser resueltas por otras vías. Entiende que la regulación legal de estos recursos, de las condiciones para la derivación a los mismos, de la formación y experiencia que deben reunir las personas que los desempeñan, y de las pautas que han de regir su funcionamiento y supervisión, podría contribuir muy favorablemente a la prevención de situaciones de violencia. Considera que esta regulación debería estar incluida en la LEC, dentro de la regulación relativa a ejecución de las medidas personales en procesos de familia»²⁵. Se considera como la más adecuada para los seguimientos de ejecuciones de sentencia, auxiliar de la justicia de familia, que permita solucionar las inacabadas ejecuciones de sentencia en los asuntos de familia más complejos, y ello, dada la ineficacia de los medios clásicos de ejecución²⁶.

El *Documento base para el desarrollo de la parentalidad positiva* del año 2019, resultado del I forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad²⁷, desarrollado en la Universidad de La Laguna, propone integrar la figura en el sistema judicial. Para ello, este documento considera que es necesario definir con precisión su estatus jurídico, incorporándola de manera expresa en el artículo 158 del Código Civil²⁸, así como en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter obligatorio: «ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas». Además, se propuso que se incluyese de manera expresa en el artículo 26. 1 del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. De esta

²⁴ Consejo General del Poder Judicial. «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida». Madrid, 2020.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ RODRÍGUEZ, M. y SOTO, R.; «El coordinador de parentalidad: una propuesta desde dentro», *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 171-187. PASCUAL, T.; «El coordinador de parentalidad en rupturas conflictivas», *Diario La Ley*, 2015, núm. 8664.

²⁷ En este documento se establecen los criterios técnicos y científicos para un adecuado desarrollo de la coordinación de parentalidad en todo el territorio nacional, la implantación judicial, la formación, las funciones y las competencias necesarias para su ejercicio.

²⁸ La enmienda núm. 513 formulada por Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia propone la introducción de la coordinación de parentalidad en este precepto.

forma, Tomás Farto entiende la necesidad de introducir en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el establecimiento de la coordinación de parentalidad ante las situaciones de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de guarda, los impedimentos de las relaciones paterno-filiales u otra situación que comprometa el bienestar del menor o de la menor²⁹.

Al hilo de estos planteamientos, el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, originariamente, en el artículo 27.b, preveía el «acompañamiento profesional especializado a los progenitores, o en su caso, a las personas tutoras o guardadoras o acogedoras, durante el proceso de ruptura y en el ejercicio de sus responsabilidades parentales». El Anteproyecto de la referida Ley excluyó expresamente esta posibilidad en situaciones de violencia de género (por la prohibición expresa establecida en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) o cuando uno de los progenitores estuviera incurso en un procedimiento penal por violencia sobre las personas menores de edad. Sin embargo, cuando el Anteproyecto se convirtió en Proyecto de Ley, desapareció esta prohibición expresa. Diversas enmiendas presentadas al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, publicadas el 6 de noviembre de 2020, volvieron a proponer que se incorporase esta prohibición expresa³⁰. No obstante, en Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia no se recoge dicha prohibición, si bien se modifica el artículo 27.b convirtiéndose en el 28.b, sustituyendo el mismo por el «impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de los servicios de mediación y conciliación, con pleno respeto a la autonomía de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes implicados». Esta modificación corresponde a la enmienda núm. 236³¹, que aclaraba que el apartado b del artículo 27 podía introducir confusión acerca de la figura de la coordinación de parentalidad, por lo que se propuso una redacción respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, este «retoque» no impediría que se siga aplicando.

La coordinación de parentalidad solo se encuentra regulada en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, con la posibilidad de que los órganos judiciales la designen para supervisar las relaciones de los progenitores con sus hijos e hijas, en aquellos casos en los que

²⁹ FARTO, T.; «El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia», *Diario la Ley*, núm. 9696, 2020.

³⁰ Enmienda núm. 81, realizada por el Grupo Parlamentario Plural, núm. 138 (Grupo Parlamentario Ciudadanos), núm. 456 (Grupo Parlamentario Popular en el Congreso).

³¹ Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidad Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

el órgano judicial haya de decidir sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental. La Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (*BON* núm. 74, de 16 de abril de 2019), se refiere expresamente a la posibilidad de que el Juez pueda nombrar a un «coordinador de parentalidad para la supervisión de las relaciones parentales a fin de evitar un perjuicio al menor».

A falta de regulación, esta figura se ha ido introduciendo por la jurisprudencia, comenzando por Cataluña y extendiéndose a otras comunidades³². En este sentido, hay que destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 2015³³. En la misma se describen sus orígenes, funciones y principios de organización. De esta manera, dicha sentencia consideró la adopción de la figura de coordinación de parentalidad decidida por parte de la Audiencia Provincial ajustada al derecho de familia de Cataluña, argumentando el artículo 233-13, número 1 y 2 del Código Civil de Cataluña: «...la autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional». También argumentó el artículo 236.3 del mismo Código, que permite al órgano judicial adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos e hijas que estén sujetos a patria potestad. Dichas medidas pueden adoptarse de oficio por el órgano judicial, si lo considerase conveniente para el interés del menor³⁴. Por último, esgrimiendo el artículo 236.4 del mismo Código, que establece el derecho de los/as hijos/as y progenitores a relacionarse personalmente, aunque estos últimos no tengan el ejercicio de la patria potestad. El apartado dos de dicho precepto señala que la autoridad judicial puede adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de estas relaciones personales. En el ámbito estatal esta sentencia

³² En el Segundo Informe de la Asociación de Mujeres Juristas Themis sobre coordinación de parentalidad, perspectiva feminista jurídica y psicológica, del año 2020, se pone de manifiesto que la mayor presencia de esta figura se encuentra en la Comunidad Autónoma de Cataluña, seguida de la Comunidad Valenciana, teniendo menos presencia en otras Comunidades como Navarra, Murcia y Madrid.

³³ Sala de lo Civil y Penal, CENDOJ. ROJ: STSJ CAT 551/2015. Ponente: María Eugenia Alegret Bugués.

³⁴ Art. 236.3 «La autoridad judicial, en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad. A tal efecto, puede limitar las facultades de los progenitores, exigirles la prestación de garantías e, incluso, nombrar a un administrador judicial». «La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del ministerio fiscal».

argumenta el artículo 158 del Código Civil como base jurídica para la adopción de la coordinación de parentalidad. Dicho precepto permite a los órganos judiciales tomar medidas de oficio para evitar perjuicios a los y las menores. En este sentido se pronuncian otras sentencias de Audiencias provinciales³⁵.

La Guía del Consejo General del Poder Judicial de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida reconoce que existen posturas discrepantes en torno a la coordinación de parentalidad, así como que dichas discrepancias han sido consecuencia de intervenciones realizadas sin el necesario control judicial y sin la preparación técnica de los profesionales intervinientes. De esta forma, afirma que se han alzado voces alertando de que dicha figura puede incidir de forma negativa en las líneas básicas de política judicial en la lucha contra la violencia de género. Por lo tanto, recomienda que en cuanto no sea regulada a nivel nacional, la coordinación parental solo puede tener carácter voluntario, no imponiéndose nunca si las partes se oponen de forma motivada.

En materia de violencia de género, la referida guía pone de manifiesto que este tipo de intervención no puede aplicarse a supuestos de violencia de género o maltrato sobre el propio menor cuando la situación esté acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia. Sin embargo, expresa que puede ser adecuada en aquellos casos en los que se haya producido un sobreseimiento o sentencia absoluta, la considera especialmente apropiada en los supuestos en los que se hayan acordado medidas restrictivas de las relaciones paterno filiales y se hayan dejado sin efecto. En estas situaciones, entiende que la coordinación de parentalidad ayudaría a la mejora de la comunicación entre los progenitores y la recuperación de la relación con los/as hijos/as. Afirma que habría que utilizarla en fase de ejecución de sentencia, cuando se produzcan incumplimientos graves y reiterados de las resoluciones judiciales, el nivel de conflictividad sea muy elevado y hayan fallado otras medidas, como los Puntos de Encuentro Familiar. Además, entiende que sería muy útil en aquellos casos en los que los/as hijos/as, especialmente adolescentes, se han posicionado en el conflicto en favor del padre y presentan actitudes negativas frente a la madre³⁶.

La coordinación de parentalidad se enmarca dentro del nuevo paradigma de la justicia terapéutica. Según este modelo, su principal objetivo es que la aplicación de la norma no dañe a los sujetos, sino

³⁵ SSAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2019, CENDOJ. ROJ: SAP V 1053/2019. Ponente: Carlos Esparza Olcina, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2019, CENDOJ. ROJ: SAP V 301/2019. Ponente: José Enrique de Motta García España.

³⁶ PÉREZ-SALAZAR, M., ORTUÑO, P. y GONZALO, M.; «Problemática específica de la custodia y de las relaciones parentales en caso de violencia sobre la mujer o sobre menores», en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*. Madrid, 2020.

que actúe como agente terapéutico. Para ello, entiende la necesidad de la colaboración de otras disciplinas como la psicología, el trabajo social o la criminología, para así mejorar el bienestar de las personas que entran en el sistema judicial. De esta manera, se afirma que es una medida excepcional y urgente, dado que el objetivo último que pretende es la protección del menor de la situación de riesgo por la exposición a la alta conflictividad de sus progenitores³⁷.

La STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015 define las funciones de la figura de coordinación de parentalidad: «mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atienden a los padres o los hijos», así como los objetivos: «debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial), que entienda adecuadas, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes al juez de la ejecución para este adopte la oportuna decisión».

Tanto la coordinación de parentalidad como la mediación son métodos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, tienen diferencias sustanciales. La coordinación de parentalidad tiene un carácter coercitivo y se designa con posterioridad al litigio, en sentencia judicial o en la fase de ejecución. De este modo, la actitud no colaborativa de una de las partes podría traer consecuencias negativas ante los tribunales³⁸. La coordinación de parentalidad no se apoya en la voluntad de las partes para llegar a acuerdos y no existe la confidencialidad³⁹. La mediación está regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012) y el Real Decreto 980/2013, que la desarrolla. Tiene un soporte legal. Sus conceptos, principios y características están definidos. La mediación es voluntaria y fomenta la parentalidad positiva, por su carácter pedagógico, beneficiando de esta forma el interés del menor.

³⁷ BLANCO, M.; «El cambio de paradigma a la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad», *Actualidad Civil*, núm 1. *Ibidem*.

³⁸ PASCUAL, T.; «El coordinador de parentalidad en rupturas conflictivas», *op. cit.* García, H.; «Hacia una justicia humana», *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 21, núm. 61, 2019.

³⁹ VÁZQUEZ, N., BELTRÁN, O., DELGADO, J. y ANTÓN, M.; «Programa de Coordinación de Parentalidad», en Antón, M. (comp.) y Pérez Vallejo, A. (eds.), *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*. Madrid, DyKinson, 2019, pp. 301-311.

4. EL RECHAZO DE LOS/AS NIÑOS/AS A RELACIONARSE CON EL PADRE: DIAGNÓSTICO E INTERVENCIÓN EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD

En el modelo de la coordinación de parentalidad se dan diversas explicaciones al rechazo filio-parental. En este sentido, Asunción Molina y Connie Capdevila hacen referencia a la evolución de la distinta terminología utilizada para explicar el rechazo de los/as hijos/as hacia su progenitor. De esta forma, comienzan por el denominado Síndrome de Alienación Parental, definido por Richard Gardner como «un trastorno que se presenta principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos. Su manifestación principal es una campaña de denigración no justificada, del hijo contra un progenitor. Es el resultado de la combinación (lavado de cerebro) o adoctrinamiento de un progenitor, y de las propias contribuciones del niño a la denigración del progenitor atacado»⁴⁰. Este concepto se evidenció en el ámbito legal, en el marco de las disputas por la guarda y custodia. No está incluido en ninguna diagnosis psiquiátrica, se diseñó con el objeto de achacar a las madres el rechazo del menor al padre, y así invisibilizar las causas reales por las que el padre es rechazado, negando, de esta manera, la credibilidad del niño o la niña. A través del mismo, se dispuso unas normas para los y las operadores jurídicos que intervienen en los procedimientos: debían respaldar las conclusiones de los terapeutas entrenados en el Síndrome de Alienación Parental, imponiendo multas, pérdidas de custodia y prisión para las madres que no cumplían. De esta forma, se estableció la premisa de que en estos casos el interés del menor será que los niños sean forzados a visitar al padre rechazado⁴¹.

El Consejo General del Poder Judicial, en la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género del año 2016*, señaló cómo «la especificidad del fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito regulado por la Ley Integral ha supuesto la aparición en escena de reacciones para su minimización que no pueden ser desconocidas a la hora de resolver». Especificaba como una de esas reacciones el Sí-

⁴⁰ MOLINA, A. y CAPDEVILA, C.; «Coordinación de parentalidad cuando los niños y niñas se resisten o rechazan el contacto con uno de sus progenitores», *Anuario de Psicología*. Vol. 49, n.º3, 2019, 147-156. GARDNER, R. (1991): «Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families», *American Judges Association*, vol. 28, 1, 1991, 14-21. Recuperado de <https://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>

⁴¹ BAREA, C.; *Justicia Patriarcal. Violencia de Género y Custodia*, Madrid, Ediciones CBP, 2013, 337 pp. MARÍN, P.; «Resistencias a la aplicación de la Ley Integral. El supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales. En III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores». Observatorio contra la violencia de género y doméstica. Consejo General del Poder Judicial.

drome de Alienación Parental, afirmando que la utilización de este «síndrome», para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos/as tras la separación es una preocupante realidad cada vez más común. El Consejo General del Poder Judicial dejó claro en dicha guía que el rechazo de los/as menores al padre, cuando han estado expuestos/as a situaciones de violencia de género, se explica por las vivencias vividas, y que aplicar el referido síndrome a los procedimientos de guarda y custodia supone una terapia coactiva, así como una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones, que son las que tienen la obligación de protegerlos/as

Asunción Molina y Connie Capdevila tras el Síndrome de Alienación Parental continúan haciendo referencia a otros conceptos utilizados para explicar dicho rechazo: el síndrome de Medea, es aquel en el que la madre descarga sus frustraciones hacia su descendencia, utilizando a la prole como instrumento de poder y venganza hacia su pareja. Siguiendo por programación parental, síndrome de la madre maliciosa, entendido como aquel en el que la madre interfiere en las visitas y acceso del padre hacia los hijos e hijas como venganza. Reconocen la controversia suscitada por el término Síndrome de Alienación Parental, motivo por el que pasó a denominarse «interferencias parentales»⁴². Por ello, se utilizan conceptos desde una perspectiva sistémica de la familia; esta no pone el foco en los rasgos de personalidad de cada uno de sus miembros, sino en el conocimiento de la familia, como una identidad propia, ocupándose de los patrones de interacción entre los distintos miembros. Desde esta perspectiva, la causa de la violencia de género se debe a problemas de comunicación y conflictos en las relaciones, enseñando habilidades de comunicación para ayudar a la pareja a evitar la violencia. Este enfoque intenta mantener a flote el sistema familiar, y parte de la base de una relación hombre-mujer entre iguales, pudiendo recurrir ambos a la violencia⁴³.

En consecuencia, los conceptos utilizados son «prácticas alienadoras familiares» o «dinámicas de rechazo y resistencia», hasta llegar al concepto de *gatekeeping*, guardabarrera coparental o filtro. Este último se define como aquellas conductas y actitudes facilitadoras de un progenitor hacia la relación de los/as hijos/as con el otro progenitor. Distinguiendo entre *gatekeeping* facilitador o positivo, en aquellos casos en los que el progenitor anima, apoya y facilita el contacto con el otro progenitor, o el *gatekeeping* negativo, en el que, por el contrario, desalienta e interfiere en el contacto. Dentro de este último se sitúan el *gatekeeping* protectorio, describiendo a aquellas situaciones en las que estas interferencias se producen por el intento de proteger al

⁴² MOLINA, A. y CAPDEVILA, C.; «Coordinación de parentalidad cuando los niños y niñas se resisten o rechazan el contacto con uno de sus progenitores», *op. cit.* 148-150.

⁴³ BAREA, C.; *Justicia Patriarcal. Violencia de Género y Custodia*, *op. cit.* 181-182.

niño o niña, bajo la creencia de que el otro progenitor o su entorno resulta perjudicial para su hijo o hija⁴⁴.

Desde estos planteamientos, Asunción Molina y Connie Capdevila establecen que la figura de la coordinación de parentalidad debe hacer un diagnóstico para analizar las actitudes y comportamientos facilitadores y restrictivos de los progenitores y la causa del rechazo al contacto. Entre los motivos relacionan: causas normales en el desarrollo, maltrato infantil, abuso de alcohol o drogas, la violencia en la pareja, así como problemas en la parentalidad con conductas alienadoras. De igual modo, el documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad antes referido, señala las situaciones familiares específicas para su intervención: existencia de adicciones que interfieren en las relaciones paterno-filiales, historia de violencia familiar (violencia de género, filio-parental o maltrato infantil), trastornos psicológicos o psiquiátricos que interfieren en las relaciones paterno-filiales o interparentales, situación de privación de libertad de algunos de los progenitores. De esta forma, señalan que, una vez realizado el diagnóstico, la figura de coordinación de parentalidad debe trabajar en estos casos desde una perspectiva sistémica, entendiendo que el rechazo filio-parental es un problema familiar global y, por ello, hay que incluir a todos los miembros de la familia. El/la coordinador/a de parentalidad puede proponer la necesidad de intervención psicológica y establecer colaboración con otros/as profesionales involucrados, para trabajar en restablecer el vínculo del niño o niña con el progenitor rechazado. De esta manera, afirman que en dicha intervención es muy importante la participación del progenitor preferido para que transmita a su hijo o hija que ve positivo que se relacione con el otro progenitor, para así reducir la ansiedad que puede generar el contacto, ya que debe entender que la falta de contacto tendrá consecuencias negativas psicológicas para el niño o niña en su autoestima y capacidad para relacionarse. Para ello, en esta intervención se realizarán sesiones individuales y conjuntas con el objetivo de reconstruir la relación con el progenitor rechazado. En este sentido, declaran de forma expresa que uno de los errores judiciales que en estos contextos se adoptan, con el objetivo de proteger el interés del menor, es la suspensión de las estancias con el progenitor rechazado, ya que esto aumenta el dolor y potencia la polarización⁴⁵.

En este mismo sentido, el documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad determina como situaciones propicias para las intervenciones todas aquellas en las que se produce una histo-

⁴⁴ Concepto utilizado en BIEZMA, J., FARIÑA, F.; «Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia», en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*. Madrid, 2020.

⁴⁵ MOLINA, A. y CAPDEVILA, C.; «Coordinación de parentalidad cuando los niños y niñas se resisten o rechazan el contacto con uno de sus progenitores», *op. cit.* 150-153.

ria de resistencia de los/as menores a relacionarse con uno de los progenitores, o con otros familiares, en las que no han funcionado otras intervenciones, especialmente, mediación familiar, terapia forense o psicológica. En las que el objetivo es establecer o restablecer el contacto con los mismos, así como vincularlos o revincularlos. Se refiere de forma expresa a situaciones en las que sea necesaria la modificación del sistema de guarda y/o de relaciones paternofiliales, en aquellos casos muy graves y de carácter contencioso en que tengan lugar las problemáticas anteriores. Excluye la intervención en las situaciones de posible riesgo de la integridad de algunas de las personas implicadas, especialmente los/as menores.

5. LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género prohíbe expresamente la mediación en contextos de violencia de género. Del mismo modo, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, ratificado por España⁴⁶ en el año 2014, obliga a las partes, en el artículo 48, a que adopten las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencias incluidas en el ámbito del Convenio.

En este sentido, tal como hemos hecho referencia, la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo del Poder Judicial pone de manifiesto que este tipo de intervención no puede aplicarse a supuestos de violencia de género o maltrato sobre el propio menor, cuando la situación esté acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia. Aunque sí la considera adecuada en aquellos casos en los que se haya producido sobreseimiento o sentencia absolutoria. Pero, ¿cuál está siendo la realidad práctica de la aplicación de la coordinación de parentalidad en contextos de violencia de género en nuestro país? Para responder a esta pregunta, hemos examinado las sentencias de las Audiencias provinciales en las que se había acordado o propuesto la figura de la coordinación de parentalidad, cuyas resoluciones procedían de Juzgados de Violencia sobre la mujer, o Juzgado mixto con competencia en violencia sobre la mujer, en total treinta y un autos y sentencias. Pretendíamos analizar los objetivos y funciones de esta figura, en qué circunstancias se acordó,

⁴⁶ Al respecto del mismo, véase GIL RUIZ, J. M., *EL Convenio de Estambul como marco de Derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, 2018, p. 398.

cuál fue la interpretación del interés superior del menor, si se tuvo en cuenta su consideración como víctimas de violencia de género, sus deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a una vida libre de violencia, todo ello, tal como reconoce la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

5.1 **Objetivos, funciones de la coordinación de parentalidad y circunstancias en las que se acordó**

Observamos cómo, en la gran mayoría de estas resoluciones, el fin último de la intervención es restablecer o normalizar la vinculación paterno-filial, es decir, la relación del padre que ejerce violencia de género con sus hijos e hijas⁴⁷. Para el cumplimiento de los mismos se establecen como funciones⁴⁸ la realización de las entrevistas que se

⁴⁷ SAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP 915/2020. Ponente: Aurelio Herminio Vila Dupla, SSAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2015, Sala de lo Civil, CENDOJ, ROJ: 8746/2015. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 8106/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP B 3261/2020. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 14113/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil de 18 de noviembre de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 11414/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 1126/2014. Ponente: Myriam Sambola Cabrer, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2019, CENDOJ. ROJ: SAP B 5803/2019. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 4979/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre, CENDOJ. ROJ: SAP B 12523/2013. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2020. CENDOJ. ROJ: SAP V 4158/2020. Ponente: Ana Delia Muñoz Jiménez, Auto AP de Valencia de 9 de septiembre, CENDOJ. ROJ: AAP V 2475/2020. Ponente: Carlos Esparza Orcina, SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 9 de marzo, CENDOJ. ROJ: SAP V 841/2020. Ponente: Carlos Esparza Olcina, SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 21 Sep. 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 13980/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 2629/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 270/2015. Ponente: José Pascual Ortuño, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 8888/2016, Auto de la APB, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. ROJ: AAP B 1352/2015, SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 5029/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, SAP de Islas Baleares, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP IB 391/2020. Ponente: Álvaro Latorre López.

⁴⁸ SAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2020. CENDOJ. ROJ: SAP NA 915/2020. Ponente: Aurelio Herminio Vila Dupla, SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2020. CENDOJ. ROJ: SAP B 3261/2020. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre, CENDOJ. ROJ: SAP B 12523/2013. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 2629/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 270/2015.

estime necesarias con los progenitores, menores, miembros de la familia extensa, profesorado, centro escolar, servicios médicos psiquiátricos y psicológicos, así como seguimiento de las intervenciones realizadas. Para ello, pueden recabar informes de los servicios que consideren y la colaboración necesaria con los/as abogados/as de ambas partes y de los técnicos del punto de encuentro que hubieran intervenido en el seguimiento de las visitas. Entre sus funciones se encuentran fijar las normas que van a regir el ejercicio conjunto de la patria potestad y que los progenitores recuperen la confianza como cotitulares de la responsabilidad parental, para así alcanzar un acuerdo para la reanudación de las relaciones paterno-filiales.

En las argumentaciones dadas, de manera general, no se nombra la existencia de la violencia de género, a pesar de la procedencia de las resoluciones de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer o Juzgado Mixto⁴⁹. Cuando se describe, el discurso utilizado deriva hacia expresiones tales como «alta conflictividad», «enfrentamiento procesal», «conflictiva trayectoria de las relaciones», «frontal enfrentamiento y animadversión que se procesan los litigantes en perjuicio de los hijos»⁵⁰.

Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 4979/2014. Ponente: José Pascual Ortuño, Sala de lo Civil, de 21 Sep. 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B SAP B 13980/2016. Ponente: José Pascual Ortuño, Sala de lo Civil, núm. 583/2016, de 20 de julio de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 8888/2016. Ponente: José Pascual Ortuño, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 8746/2015. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 14113/2016, Sala de lo Civil de 15 de mayo de 2019, CENDOJ. ROJ: SAP B 5803/2019, Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

⁴⁹ SSAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP NA 915/2020. Ponente: Aurelio Herminio Vila Dupla, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP NA 239/2020. Ponente: Ildelfonso Prieto García-Nieto, SSA de Barcelona, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz (Solo se hace referencia a que existe una medida de alejamiento hacia la mujer), Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2015, CENDOJ. ROJ SAP B 270/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz (no se hace referencia a la existencia de sobreesimiento o absolución), Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 3624/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 11414/201. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP 8883/2016. Ponente: Raquel Alastruey Gracia, Auto de la AP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP AAP B 1352/2015, SSAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre, CENDOJ. ROJ: SAP V 4158/2020. Ponente: Ana Delia Muñoz Jiménez, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP V 4127/2020. Ponente: Carlos Esparza Orcina, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2020. CENDOJ. ROJ: SAP V 841/2020. Ponente: Carlos Esparza Orcina.

⁵⁰ SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP B 1066/2020. Ponente: Raquel Alastruey Gracia, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 5799/2015. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo, Sala de lo Civil, 317/2019, CENDOJ. ROJ: SAP B 5803/2019, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 5029/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz,

En consecuencia, de manera excepcional, se contextualizan los entornos de violencia de género vividos y sufridos por los/as menores. En aquellas resoluciones en las que se relatan las situaciones de violencia de género de igual manera, se establece como objetivo fundamental la reanudación de la relación entre el padre agresor y los/as hijos/as.

De las resoluciones analizadas se desprende cómo, en la mayoría de las ocasiones, la coordinación de parentalidad se designa por las Audiencias provinciales sin haber sido solicitado por ninguna de las partes o ser un tema debatido en el recurso⁵¹, o se especifica que las partes la soliciten en ejecución de sentencia⁵². En otras, la propia Audiencia establece que el progenitor deberá solicitar la coordinación de parentalidad si se producen dificultades en el cumplimiento del sistema de relación parental, o en el caso de que no se hayan podido llevar a cabo otras medidas como terapia y tratamiento de los hijos/as⁵³. Se hallan resoluciones⁵⁴ en las que se dispone que será el equipo de asesoramiento del propio Juzgado quien valore la intervención de la coordinación de parentalidad. En otras, es el propio Juzgado de Vio-

Sala de lo Civil, de 22 de noviembre, CENDOJ. ROJ: SAP B 12523/2013. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2018, CENDOJ. ROJ: SAP B 10322/2018, SAP de Islas Baleares, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP IB 391/2020. Ponente: Álvaro Latorre López.

⁵¹ SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 14113/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2014. CENDOJ. ROJ: SAP B 4979/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2018, CENDOJ. ROJ: SAP B 10322/2018. Ponente: María Pilar Martín Coscolla, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2017, CENDOJ. ROJ: SAP B 3408/2017. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 2629/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, SAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP NA 915/2020. Ponente: Aurelio Herminio Vila Dupla.

⁵² SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP B 3261/2020. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2019, CENDOJ. ROJ: SAP B 5803/2019, Sala de lo Civil, de 13 de febrero, 2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 1126/2014. Ponente: Myriam Sambola Cabrer, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre, CENDOJ. ROJ: SAP B 12523/2013. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2018, CENDOJ. ROJ: SAP B 1894/2018. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 13980/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 270/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2016, CENDOJ. ROJ: SAP B 8888/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 3624/2015. Ponente: José Pascual Ortuño.

⁵³ SSAP de Barcelona, 4 de febrero de 2020, CENDOJ. ROJ: SAP B 1066/2020. Ponente: Raquel Alastruey Gracia, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP B 5799/2015. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo, Auto de la AP de Barcelona, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. ROJ: AAP B 1352/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015, Rec. 67/2014, CENDOJ. ROJ: SAP B 5029/2015.

⁵⁴ SAP Barcelona, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 8106/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

lencia sobre la Mujer⁵⁵ quien la determina directamente o estableciendo que serán los servicios sociales quienes valoren la conveniencia de asignar la coordinación de parentalidad. También observamos resoluciones en las que se requiere a ambos para que acepten la intervención voluntariamente⁵⁶ o, simplemente, se recomienda⁵⁷.

Debemos subrayar que esta figura se aplica tanto en supuestos en los que la violencia de género se encuentra acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia⁵⁸, como en casos de sobreseimiento o sentencia absolutoria⁵⁹.

5.2 La determinación del interés del menor

En las resoluciones analizadas, el interés superior del menor se interpreta en relación a la necesidad del niño o de la niña de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, argumentando el artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del niño que establece: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño

⁵⁵ SAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2020, CENDOJ. SOJ: SAP NA 239/2020. Ponente: Ildfonso Prieto García, SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2020, CENDOJ. SOJ: SAP V 4127/2020. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

⁵⁶ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 11414/2015. Ponente: José Pascual Ortuño.

⁵⁷ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2016, CENDOJ. SOJ: SAP B 8883/2016. Ponente: Raquel Alastruey Gracia. SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre. SOJ: SAP: SAP V 4158/2020. Ponente: Ana Delia Muñoz Jiménez.

⁵⁸ SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 3624/2015. Ponente: José Pascual Ortuño (No se hace referencia a absolución o sobreseimiento), Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2020, CENDOJ. SOJ: SAP B 1066/2020. Ponente: Raquel Alastruey Gracia, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 8746/2015. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 11414/2015. Ponente: José Pascual Ortuño (No se hace referencia a absolución o sobreseimiento), Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2013, CENDOJ. SOJ: SAP B 12523/2013. Ponente: José Pascual Ortuño, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2017, CENDOJ. SOJ: SAP B 3408/2017. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016, CENDOJ. SOJ: SAP B 13980/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014, CENDOJ. SOJ: SAP B 2629/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2016, CENDOJ. SOJ: SAP B 8888/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015, CENDOJ. SOJ: SAP B 5029/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, SAP de Navarra, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2020, CENDOJ. SOJ: SAP NA 915/2020. Ponente: Aurelio Herminio, SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2020, CENDOJ. SOJ: SAP V 841/2020. Ponente: Carlos Esparza Olcina. (no se hace referencia a absolución o sobreseimiento).

⁵⁹ SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2016, CENDOJ. SOJ: SAP B 14113/2016. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 15 de mayo, CENDOJ. SOJ: SAP B 5803/2019. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2014, CENDOJ. SOJ: SAP B 4979/2014. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular salvo si ello es contrario al interés superior el niño». En el mismo sentido, se hace referencia a las leyes forales de las Comunidades en las que se aplica, como la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de Navarra (*BON* 149, 14 de diciembre de 2005), aludiendo al artículo 44.2 que establece: «en caso de no convivir con su padre, con su madre o con ninguno de ellos, los menores tienen derecho a mantenerse en contacto con los mismos, en los términos y con los límites previstos en el ordenamiento jurídico vigente, así como a lo establecido en el artículo 236.17 del Código Civil catalán, cuando se refiere a que «los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral». En ninguna de las resoluciones analizadas se argumenta el derecho del menor a una vida libre de violencia, tal como reconoce la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En escasas sentencias se hace referencia a los deseos, sentimientos y opiniones de las niñas o de los niños. Cuando en las resoluciones encontramos argumentaciones en las que se expresa que los/as niños/as manifiestan su rechazo frontal a relacionarse con el padre, su sufrimiento es negado y se culpabiliza de esta oposición a la madre. De esta forma, se le responsabiliza de prácticas manipuladoras, interferencias graves, o de su incapacidad a la hora de apoyar el vínculo paterno-filial, así como de favorecer un cambio en la voluntad de los/as menores. El rechazo y miedo de los niños y de las niñas se considera injustificado, por entender que es producto de la manipulación de la madre, rechazando así las situaciones de violencia de género vividas. Ante este convencimiento, se advierte a las madres sobre las consecuencias de que no se llegue a producirse la reanudación de la relación paterno-filial: multas coercitivas, suspensión del ejercicio de las funciones parentales, traslado de la culpa al Juzgado de Instrucción por delito de desobediencia o modificación de la guarda y custodia.

En este sentido, podemos hacer alusión a la SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2015⁶⁰. En esta se expresa que el niño manifiesta «un rechazo frontal al padre haciendo un relato inconexo de reproches a la figura paterna en relación a hechos del pasado, que más bien parece una excusa o justificación del menor en un afán de impedir a cualquier costa que se produzcan las visitas en el nuevo formato...». De igual modo, la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2015⁶¹, expresa: «la actitud del menor (que todavía no ha cumplido los 6 años), en las pocas visitas realizadas, reaccionando con violencia,

⁶⁰ CENDOJ. ROJ: SAP B 8746/2015. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal.

⁶¹ CENDOJ. ROJ: SAP B 8106/2015. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

tirándose al suelo o gritando que no quiere ver a su padre porque no es su padre, no es razonable que se deban a un convencimiento autónomo del menor, sino que con toda evidencia es producto de una manipulación de la madre». De igual forma, en la SAP de Barcelona, de 15 de mayo de 2019⁶², se relata: «las relaciones entre la hija y el padre se encuentran totalmente interrumpidas por la negativa de la hija a mantener ningún tipo de contacto con el padre, ni siquiera en el punto de encuentro, sin que se aprecie la existencia de una base objetiva que justifique tal conducta por cuanto ninguno de los procesos penales que sucesivamente se han seguido por denuncias de la madre y de la hija contra el actor han prosperado». La magistrada de primera instancia puso de manifiesto «que la menor ha sido involucrada activamente por la madre en el conflicto entre la misma y el demandante», considerando que existen interferencias graves de la madre en la relación paterno-filial. Por ello, la sala apercibe a la madre con que «si mantiene la interferencia con la menor y no se obtiene la reanudación de la relación paterno filial por la exposición de la hija a la pérdida de la relación de la misma con el padre, podrá ser suspendida en el ejercicio de las funciones parentales, trasladando el tanto de culpa al Juzgado de Instrucción por el delito de desobediencia».

De igual manera, en el auto de la AP de Valencia, de 9 de septiembre de 2020⁶³, se desprende la imposibilidad de continuar con la intervención establecida en la sentencia de divorcio en el punto de encuentro familiar, haciendo referencia a las «firmes resistencias mostradas por los menores y ante la incapacidad de la progenitora a la hora de apoyar el vínculo paterno-filial y de favorecer un cambio en la voluntad de los menores». El equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia señaló: «los menores han estado inmersos en el conflicto adulto y se han decantado a favor de la progenitora. Que los menores han recibido información excesiva de los adultos que han condicionado el rechazo a su padre, y que la reacción de los menores atiende a que están siendo víctimas de prácticas alienadoras familiares con varios agentes implicados, y que cuanto más tiempo pase, más dificultosa va a resultar la re-vinculación entre el padre y los hijos». En este caso existía una condena hacia el padre por un delito de maltrato doméstico, no incluyendo el alejamiento a los hijos. El Juzgado de Violencia fijó un régimen de comunicación paterno-filial con el apoyo del coordinador de parentalidad, con el objetivo de restablecer la relación de los menores con el padre, advirtiendo que la falta de colaboración con el coordinador dará lugar a la imposición de multa coercitiva.

En la SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 2017⁶⁴, se reconoce: «la acción penal que se sigue por la acusación de malos tratos inferidos a la hija... y los comportamientos violentos durante la conviven-

⁶² CENDOJ. ROJ: SAP B 5803/2019. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

⁶³ CENDOJ. ROJ: AAP V 2475/2020. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

⁶⁴ CENDOJ. ROJ: SAP B 3408/2017. Ponente: José Pascual Ortuño.

cia que menciona la esposa son de carácter grave y justifican las medidas restrictivas adoptadas, es decir, el contacto paterno-filial». Sin embargo, hace referencia a las conclusiones del informe psicológico que emitió el equipo de asistencia técnica penal, en el sentido de considerar que «es muy débil la credibilidad del testimonio de la niña que contaba con 8 años en el momento de la denunciada agresión, y que incluso tiene dificultades de realizar un relato razonable de los hechos, ni concreta otras situaciones de malos tratos inferidos por el padre, magnificando los hechos que dieron lugar a la acción penal». De esta forma, se acuerda por la sala que el régimen de visitas debe ser reanudado, para lo cual se estipula que los menores inicien de inmediato un proceso de terapia en el que deben de participar ambos progenitores al objeto de resolver anomalías conductuales que presenta en especial la hija. De igual forma, se acuerda que el seguimiento del régimen de visitas se hará con la supervisión de la coordinación de parentalidad, designado en ejecución de sentencia. Se percibe a ambas partes que «la falta de colaboración con el tratamiento psicológico o con el coordinador de parentalidad o el punto de encuentro, podrá dar lugar a las multas pecuniarias correspondientes y, en su caso, a la modificación de la custodia o incluso la privación de la misma». Llama poderosamente la atención que el equipo técnico advirtiera en la niña un exceso de información externa como causa del deterioro del vínculo con el padre, sin que corresponda a las vivencias personales.

En el Auto de la AP de Barcelona, de 15 de abril de 2015⁶⁵, se expresa que el sistema de comunicaciones y estancias no puede estar condicionado a la voluntad de la menor, reticente a cumplir el mismo sino se acredita una situación de riesgo. La sala entiende que el verdadero riesgo para la niña es que se consume el proceso de desafección hacia el padre, porque la influencia en su desarrollo será muy negativa «abocándola a problemas de socialización, adaptativos y psicológicos en el futuro, que puede reportarle serias consecuencias en su vida adulta». Por ello, se responsabiliza a la madre, por respaldar y otorgar soporte a la hija en su posición reticente a ir con el padre, se le exige una postura firme trasmitiéndole la obligación que tenía de relacionarse con su padre. Establece que este factor de culpabilidad debe ser sancionado con multas coercitivas, con una eventual privación de la responsabilidad parental si no colabora en la reanudación de la relación parental, así como las responsabilidades que contempla el Código penal.

En consecuencia, se exige a la madre que asegure la presencia paterna de padre en la vida de su hija, independientemente de que sea un padre violento y de las consecuencias perjudiciales de una relación con este no querida o temida. Por el contrario, se considera que el daño lo ocasionaría el proceso de desafección hacia el padre. Ante

⁶⁵ CENDOJ. ROJ: AAP B 1352/2015. Ponente: José Pascual Ortuño.

estos planteamientos, sustentados por la ideología que subyace al Síndrome de Alienación Parental, como hemos visto, la única solución será la terapia de la amenaza. En este sentido, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia incorpora el artículo 10 bis, sobre el derecho de las víctimas a ser escuchadas, estableciendo: «los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para evitar que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el Síndrome de Alienación Parental, puedan ser tomados en consideración». De igual modo, es muy relevante la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por la que se modifica la ley 5/2008 sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género. En esta ley se considera la utilización del Síndrome de Alienación Parental como una forma de violencia institucional.

6. CONCLUSIONES

El primer impulso legislativo del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia fue la ocultación de los y las menores víctimas de violencia de género, esta vez mediante la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar. Sin embargo, este primer impulso ha sido atemperado tras el trámite de enmiendas, en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Por ende, definitivamente, en el artículo 29, se establece que las Administraciones Públicas también deberán prestar atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género.

Se ha podido constatar cómo, ante la «alta conflictividad», se considera que es importante garantizar el derecho fundamental de los/as menores a relacionarse adecuadamente tanto con su padre como con su madre. Así las cosas, para paliar los daños mentales y físicos sufridos por los/as hijos/as, como consecuencia de la alta conflictividad, se instaura y se extiende por la vía jurisprudencial la coordinación de parentalidad. Dicha figura se define como una modalidad de resolución alternativa de conflictos focalizada en los y las menores y, a disposición de la autoridad judicial. Se presenta como aparentemente neutra y en beneficio del interés del menor, así como imprescindible en nuestro sistema judicial, por el aumento de la alta conflictividad en las rupturas familiares. Por consiguiente, se reclama su regulación en el ordenamiento jurídico español, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, dentro de la regulación relativa a la ejecución de medidas personales en procesos de familia, ante los incumplimientos

reiterados de las obligaciones derivadas del régimen de guarda, los impedimentos de las relaciones paterno-filiales u otra situación que perjudique el interés del menor. La vía del 28 b de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia deja la puerta «entreabierta» a esta figura, a pesar de la modificación operada tras el trámite de enmiendas.

Hemos podido advertir cómo el modelo de la coordinación de parentalidad explica el rechazo filio-parental debido a la influencia negativa o manipulación de la madre, utilizando distinta terminología para denominar dicha oposición: síndrome de alienación parental, síndrome de Medea, interferencias parentales, prácticas alienadoras familiares o dinámicas de rechazo y resistencia, hasta llegar al concepto de *gatekeeping*, guardabarrera coparental o filtro. Desde este paradigma, se considera que debe trabajarse de una perspectiva sistémica, entendiendo que el rechazo filio-parental es un problema familiar global, debiendo incluir a todos los miembros de la familia, para trabajar en restablecer el vínculo del niño o niña con el progenitor rechazado. Este modelo se considera aplicable a situaciones de violencia de género por considerar la relación hombre-mujer como una relación entre iguales, pudiendo recurrir ambos a la violencia, tratándose de situaciones de conflicto. Bajo este prisma, incluso en contextos de violencia de género, se afirma la importancia de la participación de la madre en la transmisión a su hijo o hija de la necesidad de que se relacione con su padre.

A pesar de todo, hemos señalado cómo la Guía del Consejo General del Poder Judicial, aunque propone la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, es consciente de la prohibición expresa recogida en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Por ello, recomienda que este tipo de intervención no puede aplicarse a supuestos de violencia de género o maltrato sobre el menor cuando la situación esté acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia, aunque sí cuando se haya producido un sobreseimiento o sentencia absolutoria. Sin embargo, hemos podido comprobar cómo esta figura se aplica tanto en supuestos en los que la violencia de género se encuentra acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia, como en casos de sobreseimiento o sentencia absolutoria. Del análisis de las sentencias analizadas, el fin último de la intervención, en escenarios de violencia de género, es restablecer o normalizar la vinculación paterno-filial. Es decir, la relación del padre que ejerce violencia de género con sus hijos e hijas, para lo cual realizan una intervención desde un punto de vista sistémico, con los progenitores, niños y niñas, contando para ello con la necesaria colaboración de los/as profesionales que hayan intervenido anteriormente.

En las argumentaciones dadas, de forma mayoritaria no se nombra la existencia de la violencia de género, a pesar de la procedencia de las resoluciones de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer o Juzgado

Mixto. En consecuencia, de manera excepcional, se evidencian las situaciones de violencia de género sufridas y vividas por los y las menores.

En escasas sentencias se hace referencia a los deseos sentimientos y opiniones de las niñas o de los niños. Cuando en las resoluciones encontramos argumentaciones en las que se expresa que los/as niños/as manifiestan su rechazo frontal a relacionarse con el padre, su sufrimiento es negado y se culpabiliza de esta oposición a la madre. De esta forma, se le responsabiliza de prácticas manipuladoras, interferencias graves, o de su incapacidad a la hora de apoyar el vínculo paterno-filial, así como de favorecer un cambio en la voluntad de los/as menores, advirtiéndose a las madres sobre las consecuencias de que no llegue a producirse la reanudación de la relación paterno-filial, confirmándose así su carácter coercitivo. En consecuencia, la coordinación de parentalidad se encuentra lejos de ser un proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as, por el contrario, está siendo una herramienta para la introducción de toda la ideología que subyace al Síndrome de Alienación Parental, mediante la utilización de otros conceptos: *gatekeeping*, guardabarrera coparental o filtro, interferencias parentales, entre otros.

Una vez más los intereses patriarcales y la racionalidad adultrocentrista silencian a los niños y las niñas víctimas de violencia de género, negándoles su derecho a ser oídos y escuchados⁶⁶. Podemos afirmar que en ningún caso puede ser beneficioso para el desarrollo de un/una menor obligarlo a relacionarse con un padre al que rechaza o teme, y ello, por la propia experiencia de violencia de género vivida. De esta forma, el escenario descrito nada tendría que ver con una justicia terapéutica. Desde el propio sistema judicial se estaría colaborando en la perpetuación de la violencia de género y, por consiguiente, en la prolongación del daño, tanto para los y las menores, como para las madres.

De las resoluciones analizadas se desprende cómo en la mayoría de las ocasiones la coordinación de parentalidad se designa por las Audiencias provinciales sin haber sido solicitada por ninguna de las partes o ser un tema debatido en el recurso, o se especifica que las partes la soliciten en ejecución de sentencia. Se evidencia cómo la disminución de la autoridad del padre-marido tras la ruptura familiar se ha traducido en las transferencias de los poderes paternos al sistema judicial mediante la figura de la coordinación de parentalidad. Así, se produce un creciente interés por la protección del interés del menor con el fin último de enmascarar el control público sobre las relaciones familiares y el mantenimiento de su estructura patriarcal⁶⁷.

⁶⁶ REYES, P.; «La vulneración de los derechos fundamentales de los menores en un contexto de violencia de género: una realidad a considerar por las políticas públicas», *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, 112, 2018, 245-289.

⁶⁷ PITCH, P.; *Un derecho para dos*, Madrid, *Op. cit.*, p. 132.

En consecuencia, se vulnera la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que obliga a los Estados a que la infancia sea protegida de cualquier forma de violencia física o mental, descuido o trato negligente. La Observación general núm. 13 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, considera una violación de los derechos del niño por las instituciones y el sistema: «no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños», considerando también una vulneración de los derechos del niño a no sufrir violencia cuando los profesionales «ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño». De igual forma, se quebranta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Recomendación General núm. 35 adoptada en el año 2017, por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra La Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, establece en el punto 31: «los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio de interés superior del niño». De igual modo, se quebranta el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, que obliga a las partes a tomar las medidas legislativas necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visitas o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de las víctimas y de los niños⁶⁸.

⁶⁸ Véase REYES CANO, P.; *El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género*, Madrid, Reus, 2019, pp. 282-283.

Nuevas tendencias del perdón en Derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz

*New trends in forgiveness in criminal law:
utilitarianism, justice and the achievement of peace*

Por VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ
Universidad de São Paulo (USP)

RESUMEN

La tendencia contemporánea que aspira a la superación de conflictos sociales pone de relieve la crueldad del Derecho penal. Pero más allá de la pretensión de legitimar las sanciones con teorías que indican sus finalidades, los penalistas intentan definir prácticas de perdón, creando hipótesis dentro de las cuales el Estado puede dejar de castigar. Sin embargo, los estudios contemporáneos presentan algunos equívocos a la hora de interpretar cuáles son las prácticas de perdón efectivo, abriendo la puerta a discursos que se aprovechan del momento social para alcanzar una inmerecida impunidad. Hacer un recorrido sobre los orígenes del perdón en la religión y buscar sus correspondencias en prácticas contemporáneas, a ejemplo de la delación premiada, la justicia transicional latinoamericana o el «compliance» de grandes empresas, ayudará a disminuir la equivocidad del perdón y adoptarlo como un modo de evitación eficaz de castigos inmerecidos.

Palabras clave: *perdón, arrepentimiento, Derecho penal, delación premiada, justicia transicional.*

ABSTRACT

The contemporary trend that aspires to overcome social conflicts highlights the cruelty of criminal punishment. But beyond the goal of legitimizing sanctions with theories that indicate their purposes, criminal law students try to define forgiveness practices, creating hypotheses within which the State can stop punishing. However, contemporary studies present some misunderstandings when interpreting what are the practices of effective forgiveness, opening the door to discourses that take advantage of the social moment to achieve undeserved impunity. Observing the origins of forgiveness in religion and looking for its correspondences in contemporary practices, such as the 'plea bargaining', Latin American transitional justice or the compliance politics of large companies, will help reduce the equivocation of forgiveness and adopt it as a way of effective avoidance of undeserved punishment.

Keywords: Forgiveness, repentance, Criminal Law, plea bargain, transitional justice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL PERDÓN EN DERECHO PENAL. – 2. BREVE JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA: UNA DOBLE VÍA DE ASESINATOS EPISTÉMICOS. – 3. EL PERDÓN Y SU ORIGEN: LA CULTURA JUDEOCRISTIANA. – 4. PERDÓN CRISTIANO. 4.1 *La extensión vertical: perdonar setenta veces siete.* 4.2 *El perdón horizontal: amar a vuestros enemigos.* 4.3 *Dos cuestiones del perdón religioso: equivalencia en el perdón y límites temporales.* – 5. EL PERDÓN DEL ESTADO Y SUS INFLUENCIAS. – 6. PERDÓN Y LA CLEMENCIA DEL MONARCA. – 7. MANIFESTACIONES LEGÍTIMAS DEL PERDÓN: JUSTICIA TRANSICIONAL E INDULTOS. 7.1 *La justicia transicional y restaurativa: cómo evoluciona la no-repetición.* 7.2 *Los pactos de paz en su máxima evolución.* 7.3 *La importancia de la narrativa de los hechos.* – 8. EL ABUSO DEL DISCURSO DE PERDÓN. 8.1 *Delación premiada: falso arrepentimiento y utilitarismo verdadero.* 8.2 *La petición de perdón de las grandes empresas: jugar en un tablero más amplio.* – 9. EL PERDÓN DEL ESTADO: LA REALIDAD INCONSTITUCIONAL Y LOS CAMBIOS DE VISIÓN DE MUNDO. – 10. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: THE RESURGENCE OF FORGIVENESS IN CRIMINAL LAW. – 2. BRIEF METHODOLOGICAL JUSTIFICATION: A DOUBLE PATH OF «EPISTEMIC MURDERS». – 3. FORGIVENESS AND ITS ORIGIN: THE JUDEO-CHRISTIAN CULTURE. – 4. CHRISTIAN FORGIVENESS; 4.1 *The vertical extension: forgive seventy times seven.* 4.2 *Horizontal forgiveness: loving your enemies.* 4.3 *Two questions of religious forgiveness: equivalence in forgiveness and temporal limits.* – 5. THE FORGIVENESS OF THE STATE AND ITS INFLUENCES. – 6. FORGIVENESS AND CLEMENCY OF THE MONARCH. –

7. LEGITIMATE MANIFESTATIONS OF FORGIVENESS: TRANSITIONAL JUSTICE. 7.1 *Transitional and restorative justice: how non-repetition guarantees*. 7.2 *Peace pacts in their maximum evolution*. 7.3 *The importance of the narrative of the facts*. – 8. ABUSE OF THE SPEECH OF FORGIVENESS. 8.1 *Awarded denunciation: false repentance and true utilitarianism*. 8.2 *The request for forgiveness of large companies: play on a larger board*. – 9. THE STATE'S FORGIVENESS: THE UNCONSTITUTIONAL REALITY AND THE CHANGES IN POINTS OF VIEW. – 10. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL PERDÓN EN DERECHO PENAL

La evolución de las relaciones sociales crea una serie de nuevos interrogantes sobre la forma en que el Estado interactúa con sus ciudadanos¹. Aunque, a causa de sensibles hechos contemporáneos, algunos filósofos o politólogos hagan hincapié en que se vive un retroceso en las manifestaciones democráticas alrededor de todo el globo², parece evidente que, en pocas décadas, la sociedad ha evolucionado hacia una convivencia basada en relaciones materiales de ecuanimidad: la lucha por la igualdad de género³, la luz que se lanza sobre los derechos de las minorías⁴, la protección del medio ambiente con las denuncias de ecocidio⁵, el reconocimiento de derechos de los anima-

¹ El autor es profesor titular (associate professor) de Derecho Penal de la Universidad de São Paulo. Livre-Docente (Habilitation) en Derecho Penal por la Universidad de São Paulo-USP. Profesor invitado en la Universidad de Valladolid (2018) becado por el Programa de Doctorado de la UVA; profesor visitante en la Universidad de Granada, financiado por la Fundación Carolina (2020). Actualmente investigador invitado por la Universidad Autónoma de Madrid, con beca CAPES (2021). El presente trabajo fue realizado con apoyo de la Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior –Brasil (Capes)– Código de Financiación 001, para estancia de 6 meses en la Universidad Autónoma de Madrid, bajo supervisión del catedrático Juan Antonio Lascuráin Sánchez. victorgabriel@usp.br

² La realidad de los populismos en Estados Unidos, América Latina y parte de Europa deslegitima la democracia. Eso tiene fortalecido debates sobre alternativas a los regímenes democráticos en occidente. Entre las polémicas ideas novedosas está la epistocracia, el gobierno de los «knowledgeable», de los cultos, que defiende, especialmente, Jason Brennan. Véase, BRENNAN, J., *Against Democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2017, especialmente pp. 222-224.

³ Acerca de los estudios académicos de igualdad de género, véase, entre tantos, BARRANCO AVILÉS, M. C.; «La emancipación de las mujeres. El feminismo y el socialismo de Anna Kuliscioff», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXV, 2019, pp. 15-41.

⁴ Sobre la significativa evolución de los derechos de las minorías, véase GARCÍA MEDINA, J.; «Ajustes razonables y apoyos en la convención de los derechos de las personas con discapacidad. Retos y dificultades», *Studia historica. Historia contemporánea*, 36, 2019, pp. 131-149.

⁵ La necesidad de una definición global del delito de ecocidio es defendida por muchos penalistas. Entre otros, véase NIETO MARTÍN, A.; DOPICO, J. y ARROYO ZAPATA

les o, incluso, los estudios decoloniales en países menos desarrollados constituyen pruebas de que la comunidad global camina hacia un nivel de convivencia⁶ absolutamente inaudito.

Ese contexto novedoso, por contraste, pone de relieve la tradicional crueldad del Derecho penal, y, por consecuencia, se reavivan los interrogantes sobre la necesidad del castigo en una amplia gama de casos en que la reacción punitiva del Estado parece ser injustificable. A raíz de ello, renace el tema del perdón, por la sencilla razón de que es la única forma real de anulación póstuma de la crueldad penal. En otras palabras, la sociedad se da cuenta de que, por décadas y siglos, los intelectuales han modificado las fórmulas que legitiman la aplicación de la pena, sin que haya algún auténtico cambio para aquel que la sufre: una visión hiperrealista de la pena demuestra que, aunque haya importantes diferencias para la racionalidad del sistema comunicativo, a quien se le impone la privación de libertad le da absolutamente igual si su encarcelamiento se explica por una fórmula de autoexpiación, de retribución, de intimidación general o de reafirmación del bien jurídico. El cambio significativo, si se analiza desde la perspectiva del castigado, está en la aplicación o no aplicación de la pena. Bajo esa premisa, el perdón es un elemento clave para transformaciones efectivas en la crueldad penal.

Por tal motivo, aplicar ese instituto demanda incrementos de racionalidad, que van mucho más allá que una simple afirmación sobre la ausencia de necesidad de pena. En este punto, identificamos algunas debilidades que existen en los discursos sobre el perdón penal, que confunden las ideas religiosas de arrepentimiento y misericordia, la visión utilitarista del perdón como búsqueda del *welfare*, las declaraciones de paz en el *jus in bello* o, finalmente, el reconocimiento por el propio Estado de que la anterior aplicación de la pena ha sido injusta.

De ahí que nuestro objetivo sea comprender, en el discurso del perdón que se difunde hoy, principalmente en Derecho penal, lo que es la superación del castigo a través del arrepentimiento y lo que es el uso desvirtuado de la idea de perdón por intereses que nada tienen que ver con la superación de conflictos, es decir, que más bien desean una injusta impunidad o la facilitación de más punición.

TERO, J. L.; «Ecocidio», *Diario El País*, Madrid, 12 dic. 2019, p. A2. En nuestra opinión, esa definición debe hacerse con la cautela de no ampliar las diferencias centro-periferia en América Latina y África, permitiendo intervención internacional en países desfavorecidos.

⁶ Silva Sánchez, en detenido estudio sobre el tema, enumera cuatro tendencias contrarias al perdón, entre las cuales están la «cultura del resentimiento». Bien es cierto que ella existe, pero nuestra premisa es la de que, en términos generales, la sociedad da pruebas cabales de que camina hacia superación de conflictos. Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.; «El perdón: prólogo para penalistas», en *El Indulto: pasado, presente y futuro*, F. Molina (org), Madrid, IBdeF, 2019, p. 81.

2. BREVE JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA: UNA DOBLE VÍA DE ASESINATOS EPISTÉMICOS

Aunque muchos de los penalistas iberoamericanos no quieran denunciarlo, la apología del perdón, aunque con desviaciones que intentaremos señalar, se introduce en gran medida en nuestro Derecho penal a partir de la influencia anglosajona. Contemporáneamente, la idea de que se disculpe parte de la retribución penal a muchos de aquellos que hayan cometido hechos típicos se reaviva a partir de una concepción utilitaria de la pena. Es de interés de muchas de las naciones que, para perseguir nuevos delitos, el Estado perdone a algunos individuos, erróneamente llamados «arrepentidos». En el mismo contexto, que se abordará tangencialmente, florecen las nociones de *compliance* y *enforced self-regulation*, que buscan regateos con los castigos a las personas jurídicas, tantas veces alejándose del interés social.

Sin embargo, para desvelar el instituto del perdón *stricto sensu*, la teoría anglosajona se torna débil, cuando la comparamos a otras producciones de conocimiento, mucho más cercanas a nuestra cultura latino-germánica. La primera de ellas reside en los trabajos de la escolástica. Muchas líneas ya se han escrito en términos de revelar la relación entre perdón y arrepentimiento, sus límites y, además, acerca de cuánto una cultura de casi-misericordia obliga al Estado. Empero, la leyenda negra⁷ que se ha impuesto sobre parte del pensamiento filosófico cristiano, más aún sobre lo que se produjo en España, no puede influenciar a los que desean estudiar los orígenes del perdón. En este punto sería bueno reflejarse en los estudiosos anglosajones o de cultura manifiestamente judía que, a día de hoy, se sienten libres para revisar, por ejemplo, textos de las Sagradas Escrituras, no como materia de fe, sino como elementos histórico-culturales a los que el Derecho contemporáneo sigue vinculado.

La segunda rama de conocimiento, en otro aspecto del objeto, está en la experiencia latinoamericana en materia de perdón y de paz. Cuando el objetivo de los filósofos y juristas de la contemporaneidad es el de estudiar caminos alternativos de perdón al Estado, la reciente experiencia latinoamericana en términos de amnistías, superación de conflictos y justicia restaurativa y transicional es imprescindible. A pesar de su importancia a nivel mundial, la experiencia, por ejemplo, del Acuerdo de Paz de Colombia, entre fuerzas del Estado y las FARC, en 2016, prácticamente no ha sido revisado.

En otras palabras, en relación a este tema, el mundo iberoamericano sufre la tensión entre polaridades de un mismo fenómeno, dando lugar a

⁷ El término «leyenda negra» cuya creación se atribuye a Emilia Pardo Bazán en 1899, es estudiado contemporáneamente como causa de gran parte del prejuicio epistémico al conocimiento español. A penas como referencia para empezar estudios sobre el tema, cítese el libro de 1915 de Julián Juderías. Juderías, J.; *La leyenda Negra*, Madrid, La esfera de los libros, ed. 2014, pp. 472.

lo que puede denominarse como un «epistemicidio»⁸. Como advertencia metodológica, empero, hay que superar ese intento de anulación en una doble vía: estudiando el valor de la filosofía latina clásica y de la experiencia de países económicamente alejados de la centralidad geopolítica.

3. EL PERDÓN Y SU ORIGEN: LA CULTURA JUDEO-CRISTIANA

En lo que concierne a la cultura occidental, hay que tomar la posición de que el *perdón*, tal y como lo entendemos hoy, nace con la cultura judeo-cristiana. Aunque sea posible que se identifiquen actitudes de clemencia desde la antigüedad grecorromana, sobran evidencias de que la forma irrestricta y, en un segundo momento, amplia de esa práctica tiende sus raíces en la religión monoteísta. La característica *stricto sensu* de la clemencia preudaica constituye, como se afirmará más adelante, un acto de superación de diferencias con el fin específico de poner término a un ciclo generacional de venganzas⁹.

Con algo de paradoja, los pocos pero prestigiosos autores que, actualmente, osan remitir a las influencias teológicas, se apoyan en autores negativistas de cualquier fe para poder introducir sus consideraciones sobre historia de la religión. Por ejemplo, Martha Nussbaum,

⁸ Es la noción de *epistemicidio*, que acuñó Santos, al demostrar que no existe una preocupación de la teoría europea con la realidad latina, especialmente de los excluidos. Los excluidos, claro, son gran parte del objeto del Derecho penal. «La última dificultad a la que se enfrentan la teoría crítica y la imaginación política eurocéntrica está en la enorme discrepancia entre, por un lado, lo que se afirma o prevé en la teoría, y, por otro, las prácticas más innovadoras y transformativas que tienen lugar en el mundo. Durante los últimos treinta años, las luchas más avanzadas han tenido como protagonistas a grupos sociales cuya existencia no reconoce la teoría crítica eurocéntrica (ni la izquierda política que esta fundó): las mujeres, los pueblos indígenas, los campesinos, los afrodescendientes, los *piqueteros*, los desempleados, los gais y lesbianas, los indignados, el movimiento okupa, entre otros.» SANTOS, B. S.; *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el Epistemicidio*, Madrid, Ediciones Morata, 2014, p. 61.

⁹ Véase, por ejemplo, las afirmaciones de David Leigh. Aunque el autor encuentre lo que llama semillas para futuras creencias en el perdón, en el caso de Zeus. En sus palabras «As Greek culture evolved from the Heroic Age of Homer into the Classical Age of Pericles, the religion of the polis began to incorporate notions that can be seen as seeds of later belief in forgiveness». Pero su afirmación es categórica: a causa de la ausencia de un Dios misericordioso, la política y la justicia de Grecia no conoció el perdón: «By the time of the Athenian republic, pity for the suffering or for the involuntary guilty act was seen as of some value in the pursuit of justice in the courts and in the pursuit of a reasonable foreign policy. Such pity, as Dover says, was shown only if the offended person found an excuse in the ignorance, error, or weakness of the offender. Because the Greeks lacked a divine or messianic example of unconditional forgiveness, they did not feel a religious compulsion to forgive other persons» LEIGH, D. J.; «Forgiveness, Pity, and Ultimacy in Ancient Greek Culture», <https://utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/uram.27.2.152>, p. 154

con el referido propósito, invoca a Nietzsche para afirmar (como si solo él lo dijera) que «hay momentos en que la investigación histórica resulta reveladora»¹⁰, y enseguida cita a Michel Foucault¹¹, con el fin específico de basar sus primeras consideraciones: que es en el judaísmo donde empieza el concepto del perdón¹².

Algunos historiadores consiguen encontrar algunos indicios de lo que fuera el *arrepentimiento* en la filosofía greco-romana. Lambert destaca las consideraciones de Plutarco sobre la *metanoia*, cuando el filósofo helénico, alejándose de la escuela platónica en ese ámbito, reflexiona sobre los procesos manifestación del alma y de la mente. La *metanoia*, como arrepentimiento¹³, sería una «forma extremada de dolor», un *pathos*: algo generado por la parte no-racional del ser humano, pero que alcanza a transmitirse a la racionalidad y, por ello, tarda en desaparecer. Pero ese dolor sería, en la concepción de Plutarco, una reacción natural del hombre sabio que se compromete en mejorar en sus virtudes. Es el dolor que nace de los errores en su propio proceso de decisión, y que se mantiene en la memoria de aquellos que quieren progresar en sus virtudes¹⁴.

Esa forma intensa de dolor sería igualmente descrita por filósofos de inspiración judaica, que inauguran el traspaso del concepto al contexto religioso. Lambert indica que la transición de la *metanoia* al judaísmo está en los escritos de Philo de Alexandria. El filósofo del siglo I pone de manifiesto que ese proceso de adquisición de las virtudes, entre que se encuentra la *metanoia*, pasa a coincidir con la verdadera sabiduría, es decir, las virtudes inauguran un trámite de «transición desde la idolatría

¹⁰ NUSSBAUM, M.; *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 58.

¹¹ Es, como hemos dicho, una técnica retórica para vencer el prejuicio a cualquier consideración de rasgo teológico o religioso-cultural acerca de un fenómeno social: se apoya en la autoridad de autores reconocidamente agnósticos para tener licencia para abordar un tema judaico-cristiano.

¹² Con la misma finalidad, la autora recurre a Ricoeur, cuyos escritos van por la misma senda. Véase: RICOEUR, P.; *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Trotta Editorial, 2011, especialmente p. 285.

¹³ En nuestra opinión, hay una diferencia entre «arrepentimiento» y «remordimiento», que sería término más adecuado para lo que el autor analiza. Sin embargo, Lambert usa la palabra «repentance», con lo cual se respeta su elección semántica.

¹⁴ «Actually, the founding positive image of *metanoia*, one that pervades both Plutarch and other Greek sources both early and late, may be the theme of a general granting his opponents *time* to rethink, to experience *metanoia* for their opposition in the face of defeat, as Plutarch writes, «offering an opportunity for the miscreants to repent and become better men» (*Sayings of Romans* 204, 7 [Babbitt, LCL]). In this scenario, initial pain provides an impetus for thought, while its temporary easing generates a break in the material world, an expanse of time that allows for and suggests the presence of an altogether different kind of nonmaterial operation. Applied to the divine realm, this amounts to an explanation as to why punishment of the wicked can be delayed. Thus, according to Plutarch, we ought to imitate God in showing forbearance and allowing an opportunity for others to repent» LAMBERT, D. A.; *How repentance became biblical: judaism, christianity and the interpretation of scripture*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 157.

al judaísmo»¹⁵. En sus palabras, el proceso de adquisición de la sabiduría, de la cual el arrepentimiento es la clave, en esa nueva fase viene a coincidir con el proceso de *conversión*. Sería por ello que Philo ha encontrado la idea de arrepentimiento en la inspiración divina que recibe Moisés cuando tiene que destruir el becerro de oro¹⁶, y ahí se halla la clave de la conversión¹⁷. Moisés habrá notado, dice Philo de Alejandría, que en la vida mortal se encuentra el tiempo y la clave para la expiación de los pecados, lejos de, por ejemplo, la inmolación de chivos expiatorios. En otra obra, Philo, analizando las virtudes en general, regresará a la idea de que a Moisés le es revelado el decreto divino que establece que a los que se convierten a la fe habría que cuidarlos, dándoles la oportunidad de arrepentimiento. Moisés habría notado, dice el filósofo contemporáneo a Cristo, que no tener pecados es característica de Dios, pero arrepentirse es característica de los sabios. En otra obra, Philo de Alejandría presenta a Noé como el gran hombre que revitaliza la idea de conversión contra aquellos que se piensan dioses a sí mismos, y que el propio Dios le enseña que deben todos ser tratados con respeto y perdón¹⁸. Esa, esclarece Philo, sería una primera percepción del arrepentimiento, la que adviene de haber ofendido a Dios, y ella conlleva al individuo, consciente de esa falta, a la conversión. Una segunda percepción sería el arrepentimiento del propio converso, en que parece rozar, decimos nosotros, el concepto que Lambert recobra como *metanoia*, es decir, la diferencia entre las intenciones, coincidentes con la voluntad de Dios, y las acciones, que le ofenden. En sus palabras¹⁹, la vida es perfecta mientras los pensamientos coinciden con las palabras, y las acciones coinciden con las intenciones²⁰. Cuando se rompe ese paralelo, nace el arrepentimiento.

¹⁵ LAMBERT, D. A.; *How repentance became biblical: judaism, christianity and the interpretation of scripture*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 157.

¹⁶ Exodus, 32, 4.

¹⁷ «To do no sin is peculiar to God; to repent, to the wise man; and this latter is a very difficult thing, and hard to find. So the oracle says that “Moses diligently sought” in this mortal life the secret of repentance for sins; for he was intent on discovering a soul divesting itself of unrighteousness, and going forth without shame, naked of misdeeds». Philo, *On flight and fleeing*, Vol. V, Traducido por Colson, F., New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, ítem 157, p. 95.

¹⁸ «In this short sermon the value of repentance as the “second best” is insisted on, as shown primarily in those who are converted from idolatry and must be treated with all friendliness (175-179) and in general by passing from disobedience to obedience to the law which is not far off but in our “mouth, hand and heart” (180-184), and by “choosing” God, a choice which makes each single man his people (185-186). PHILO; *On Virtues*, Vol. VIII, Versión inglesa de Colson, F, New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, pp. 161-162.

¹⁹ «For when thoughts correspond to words and actions correspond to intentions, life is praiseworthy and perfect, but when they are at strife with each other, it is imperfect and a matter for reproach». PHILO; *On Virtues*, Vol. VIII, Versión inglesa de Colson, F., New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, pp. 277.

²⁰ En ese sentido, siglos más tarde, Ginés de Sepúlveda va afirmar que el arrepentimiento es la prueba de que «tuvimos la capacidad de actuar contrariamente».

En nuestra opinión, el eje central que demuestra la transición del arrepentimiento griego para el judaísmo, y que va a seguir, con creces, en el cristianismo, es el vínculo que se establece entre religión y moral. En el decálogo presentado por Moisés, están registradas leyes muy claras de comportamiento, que ahora son los nuevos pilares de la virtud. La consecuencia directa es que el dolor moral por no haber alcanzado la virtud se convierte en el dolor de no haber obedecido a Dios. Por ello, cualquier ofensa es primeramente lanzada a Dios, como afirma el Salmo 51: «contra ti, contra ti solo he pecado». Tal correspondencia entre la moral y la voluntad de Dios trae como consecuencia la necesidad de expiación de pecados.

Es así que la tradición judaica va a emprender una serie de formas de expiación de las ofensas frente a Dios, de dos maneras distintas. Primera, la oferta de sacrificios a Dios, como modo de reparación. Los historiadores coinciden en afirmar que, después de la segunda destrucción del templo²¹, en el año 70 d. C., cesaron los sacrificios de animales y las inmolaciones se sustituyeron por la oración y el ayuno. Sin embargo, para la tradición judaica, sigue siendo necesario «recibir el perdón de la persona ofendida al igual que el de Dios», lo que impone una serie de rituales para obtenerlo, en las vísperas del día del perdón²², a ejemplo de pedir hasta tres veces disculpas al ofendido²³.

De hecho, esa participación del ofendido en el perdón judaico se aproxima a lo que hoy es la reparación de los daños a las víctimas,

GINÉS DE SEPÚLVEDA, J.; «Sobre el destino y el libre albedrío», en *Obras Completas XV*, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010. Schopenhauer, de su parte, con una concepción determinista, evolucionará para decir que el arrepentimiento es la decepción de no *ser* como creíamos que éramos, pues «el hombre no cambia nunca: del mismo modo a como actuó en un caso, actuará si se repiten las mismas circunstancias». SCHOPENHAUER, A.; *Sobre la libertad de la voluntad*, Madrid, Alianza, 2012, p. 109. Esa concepción será retomada por Engisch, en ENGISCH, K.; *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965, p. 44. Sobre el tema, nuestra monografía sobre libre albedrío, de 2018, ya mencionada.

²¹ «The destruction of the second temple in 70 CE was a major turning point in the history of Judaism, ending the institution of animal sacrifice and the primary cultic service to God that had provided the focal point of Israelite religion for the previous Thousand Years». Y explica Segal, después de una anécdota sobre cómo se encara la destrucción del segundo templo, en que Rabban Joahnan ben Zakkai dice a Rabbi Joshua, frente a las ruinas del templo «Do not grieve. We have another means of atonement as effective as this. And what is it? It is actions of lovingkindness, as it is said: “I desire mercy and not sacrifice” (Avot de Rabbi Natan, 6)». SESSKIN, K.; *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion and Culture*, New York, Cambridge University Press, p. 56. Sobre perdón, véanse pp. 392-394.

²² «Sin embargo, seguía siendo necesario recibir el perdón de la persona ofendida al igual que el de Dios. Por ello, se acostumbra a pedir perdón a aquellos que han sido agraviados antes del Día de la Expiación» COHN SHERBOOK, D.; *Breve Enciclopedia del Judaísmo*, Madrid, Istmo, 2003, p. 178.

²³ El libro de Job 33,29, pone de manifiesto que Dios perdona dos o tres veces. Como se verá, ese número se ampliará en los Evangelios.

más exigente que los patrones del cristianismo. Según veremos a continuación.

4. PERDÓN CRISTIANO

Como se ha puesto de manifiesto, la concepción del perdón remite a la misericordia originada en la religión. Mucho se va a aprovechar, en la actualidad, de la cultura cristiana de la misericordia para invocar la necesidad de superar conflictos de trasfondo penal, por ello es útil analizar algo del concepto en esa esfera religioso-cultural.

En comparación con el perdón judaico, en el cristianismo se puede encontrar una doble ampliación de la obligación de perdonar: primero, la ampliación del número de veces que hay que perdonarse; segundo, que la diferencia central del cristianismo está en la obligación de *amar a los enemigos*, lo que significa hacer que ese mismo perdón, ya infinito en su profundidad, sea también horizontalmente expandido. Es lo que podemos llamar *extensión vertical* y *extensión horizontal* del perdón, comparado a la ley judaica.

4.1 La extensión vertical: perdonar setenta veces siete

En el que tal vez sea el pasaje más conocido del Evangelio sobre el perdón está la escena en que Pedro pregunta a su Maestro cuántas veces se debe perdonar a alguien sus pecados. Pedro, ya superado, como se comentará, la ley judaica, pregunta: ¿siete veces?, a lo que Jesús le responde: setenta veces siete (Mateo, 18, 21-35). Coinciden los intérpretes –incluso parece evidente– que la respuesta no representa un número exacto, sino que, por su grado elevado, equivale a decir que el perdón debe ser infinito.

Lo que tal vez pocos hayan notado es el motivo por lo cual Jesús elige exactamente la locución «setenta veces siete». Ella es extraída del *Antiguo Testamento*, en un fragmento en que se retrata a un Dios nada misericordioso. Está en el *Génesis*, en el momento en que Jehová, hablando a Caín, le promete que, quien matare a este, será castigado siete veces²⁴. Y le pone la señal a ese hijo de Adán, para que nadie

²⁴ Desde luego se conoce que Caín es un gran pecador, por haber matado a su hermano. Así que se plantea la pregunta de cómo Jehová autoriza la venganza de Caín. La respuesta nos interesa mucho. Parte del judaísmo interpreta que Jehová practica un acto de perdón cuando acepta el destierro y la pena de Caín. Así, Newman: «Said Cain to God, “You carry the whole earth –can you not then bear my *avon*? My punishment is too great to be borne.” God replied, “Since you make ‘teshuvah’ you may leave this place”, and immediately it is written, “Cain went from the presence of God and dwelt in the land of Nod”. In the deep implications of the Cain story, the understanding of sin, guilt, repentance can be found, but most striking is the ambiguity of Cain’s “teshuvah” – he despairingly implores the Master of the Universe to

lo mate (Gn, 4,4²⁵). El salvaguardado Caín tiene descendientes, entre los cuales está Lamec, quien, en un vaticinio dirigido a sus dos mujeres, promete: «Si siete veces será vengado Caín, Lamec en verdad setenta veces siete lo será» (Gn, 4,24).

Así que es interesante reconocer que las mentadas palabras de Jesucristo, no son apenas una remisión a una inscripción del libro judaico, sino un vuelco, una real inversión: de la venganza infinita que estaba en las palabras de Lamec, a partir de la multiplicación de la misma promesa hecha por el propio Dios a su antepasado, a una supe- ración infinita de las faltas, en verdadera inversión vectorial²⁶.

4.2 El perdón horizontal: amar a vuestros enemigos

Al contrario de lo que dicen algunos cristianos, no es privilegio del Cristianismo la obligación de extender el amor a toda la humanidad. La primera gran alianza, como demuestra Küng, es una alianza de toda la humanidad, la ley nohaica²⁷. El perdón, ya entre los judíos, se extiende también a los no-descendientes de Abraham, pero el Evangelio viene a ampliar esa obligatoriedad, incluyendo una nueva caracte- rística de los perdonados: los enemigos también merecen la misericordia (Mateo 5, 43-47; Lucas 6, 27-28). Los escritos de los primeros cristianos siguen ya la misma senda. Es así como Paulo de Tarso, en la *Primera Epístola a los Corintios* declara «Si nos insultan, bendeci- mos; nos persiguen y lo soportamos todo» (4,12) y casi lo mismo en la *Carta a los Romanos* («benedicid a quien os persigue» 12,14). Las bienaventuranzas del conocido Sermón de la Montaña son todas, tam- bién, una promesa de que el perdón y el amor ampliado serán com- pensados en el futuro.

Por lo tanto, y en síntesis muy apretada, el cristianismo extiende, por una doble vía, la cultura de la obligatoriedad del perdón. Eso no

accept his burden and God does so. How great is grace!» NEWMAN, J.; «Cain's repentance», *European Judaism: A Journal for the New Europe*, Vol. 13, No. 1 (Autumn, 1979), p. 15.

²⁵ «Le respondió Jehová: Ciertamente cualquiera que matare a Caín, siete veces será castigado. Entonces Jehová puso señal en Caín, para que no lo matase cualquiera que le hallara». (Gn, 4,4).

²⁶ Claro que la clave está en que Jesús no ha venido exactamente a traer una *nueva ley*, una ley jurídica. Así, Küng: «La exigencia de perdón predicada por Jesús no debe ser interpretada en clave jurídica. No se proclama con ella una "nueva ley" basada en el principio de que hay de perdonar 77 veces, pero no 78. De la exigencia formulada por Jesús no se puede hacer una ley estatal. Por consiguiente, no se desle- gitiman los tribunales de los hombres. Pero la exigencia de Jesús es una llamada moral a la magnanimidad y la generosidad del hombre, del individuo – en ciertas cir- cunstancias, también a los representantes de los Estados – para que deje a un lado la ley en una situación concreta: para que se perdone una y mil veces. KÜNG, H., *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*, Madrid, Trotta, 2013, p. 374.

²⁷ KÜNG, H.; *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*, Madrid, Trotta, 2013, p. 46.

significa, sin embargo, que no se puedan encontrar límites en sus concesiones.

4.3 Dos cuestiones del perdón religioso: equivalencia en el perdón y límites temporales

Para los temas que aquí se van a tratar, hay que poner de relieve dos límites en la cultura cristiana del perdón, que agregan algunos matices a un concepto extremo de misericordia divina. Y esos límites, en nuestra opinión, producen efectos en el momento en que se traslada la obligación de perdón al Estado.

El primero de ellos, es que los Evangelios establecen un condicionante en relación al perdón de los pecados que viene dado por una relación de proporcionalidad. Los pecados de los individuos son perdonados *en la proporción* en que el individuo perdona a sus ofensores. Así se pone de manifiesto, de modo muy claro, en la parábola del deudor que pide al rey que le indulte una deuda enorme de diez mil talentos que tenía con el propio rey; tras ser perdonado, e inmediatamente después, el propio deudor no es capaz de perdonar una pequeñísima deuda de cien denarios que tenían con él²⁸. Al enterarse el rey de la ausencia de misericordia de su perdonado, suspende su concesión y le pone en la cárcel. Y con ello, la moraleja de la parábola: «Así hará también con vosotros mi padre celestial, si no perdonáis de corazón cada uno a su hermano». Igualmente, en la oración que el propio Maestro recomienda que sus discípulos repitan, se encuentra una clara recomendación de proporcionalidad: se pide el perdón de los pecados, pero no absoluto, sino en la cuota en que el propio individuo perdona a sus semejantes²⁹.

De esa constatación hay que extraer una consecuencia relevante para los objetivos de este texto: la moral cristiana no solo demuestra que existe un Dios clemente, que vino a sacrificarse para traer la oportunidad de perdón de todas las faltas a los individuos³⁰; como continuidad a la tradición judaica, la obligación del cristiano es la de *ofre-*

²⁸ Mt. 18, 26-35.

²⁹ La traducción al castellano del *Padrenuestro*, a la diferencia, por ejemplo, de la portuguesa, pierde mucho en esa idea de proporcionalidad. El original latino pone más de manifiesto la idea de que hay establecido un coeficiente: levanta nuestras faltas *según* perdonemos las ajenas («et dimitte nobis debita nostra, sicut et nos dimittimus debitoribus nostris»).

³⁰ Santo Tomás discute si Jesús ha perdonado todos los pecados directamente con su muerte en la cruz, y luego se le contesta: «3. Cristo, con su pasión, nos libró causalmente de los pecados, es decir, instituyendo una causa de nuestra liberación, en virtud de la cual pudiera ser perdonada cualquier clase de pecados en cualquier tiempo, tanto pasados como presentes o futuros; como si un médico prepara una medicina con la que pueda curarse cualquier clase de enfermedad, incluso en el futuro». THOMÁS DE AQUINO; *Suma de Teología, III*, Qu.48 a.4, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, p. 422.

cer el perdón, pues recibirá el perdón de sus faltas en esa misma proporción.

Otra cuestión, surgida del magisterio eclesiástico, está en que hay un *límite temporal* en el perdón de los pecados. La idea proviene de un interrogante anterior, que nos parece muy interesante: si el cristianismo señala que Dios es padre de infinita misericordia, ¿puede él perdonar a los demonios? Es decir, ¿si un demonio, ángel caído, resuelve pedir perdón por su rebeldía anterior, Dios lo perdonaría? La respuesta moral de la fe católica, al parecer, es rotundamente negativa. Ello se da por el motivo de que, en la interpretación del magisterio, los ángeles, comparados a los hombres, tienen una inteligencia privilegiada, con lo cual el tiempo de su decisión es más breve y tajante. En el caso del hombre esa rigidez es suavizada, pero aun así existe: en las palabras de Tomás de Aquino, parcialmente retomando a Damasceno³¹, el equivalente humano a tal límite temporal en el interregno hasta la muerte³². La muerte como límite del perdón es, al parecer, también una imposición de los estudios judaicos más recientes³³.

Aunque haya discrepancia acerca de la razón específica por la cual ese límite temporal se impone —es decir, si existe un límite temporal de misericordia o si ello coincide exactamente con la falta de posibilidad de ejercicio del libre albedrío— lo más cierto es que incluso el perdón de Dios puede ser infinito, pero no incondicionado. Eso explica que, en el propio ordenamiento penal vigente en la fecha³⁴, se establezcan límites temporales³⁵ para el levantamiento de la punibilidad de las faltas.

³¹ Es interesante que el catecismo de la Iglesia intenta matizar esa cuestión, agregando algo que no está en el escrito original de Tomás de Aquino. El catecismo vigente opta por el camino de interpretar la negativa de perdón no por una cuestión temporal, sino por la *imposibilidad de arrepentimiento*. Es decir, no que Dios no perdona, sino que Dios perdona a los arrepentidos, y a los ángeles rebeldes y a los humanos muertos esa posibilidad de arrepentimiento ya se ha desvanecido. «393 Es el carácter *irrevocable* de su elección, y no un defecto de la infinita misericordia divina lo que hace que el pecado de los ángeles no pueda ser perdonado. «No hay arrepentimiento para ellos después de la caída, como no hay arrepentimiento para los hombres después de la muerte» (San Juan Damasceno, *De fide orthodoxa*, 2,4: PG 94, 877C).

³² «En cuanto a la causa de dicha obstinación, no se ha de buscar en la gravedad de la culpa, sino en la condición del estado natural. Esto es así porque, como dice Damasceno, lo que para los hombres es la muerte, esto es para los ángeles la caída. Es evidente que todos los pecados mortales, grandes o pequeños, de los hombres son remisibles antes de la muerte». THOMÁS DE AQUINO; *Suma de Teología*, I, Qu.64, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, p. 592.

³³ «The Talmudists admit the possibility of deathbed repentances, and there are some good stories and striking adages on the subject. Thus, when R. Meir urges his teacher Elisha b. Abuja to repent of his apostasy, the sinner replies, «Up till when will they receive me?» and the answer is, «till the very hour of death» MONTEFIORE, C. G.; «Rabbinic concept of repentance», *The Jewish Quarterly Review*, Jan., 1904, Vol. 16, No. 2 (Jan., 1904), p. 225.

³⁴ Véase, por ejemplo, artículo 426 del Código Penal español.

³⁵ Pozuelo les designa «requisito cronológico», y, para la atenuante de confesión del CP español, encuentra como una de sus razones la de «agilizar la puesta en mar-

De todos modos, en el mundo cristiano, la misericordia divina, al contrario del sentido común, es también limitada. Eso autoriza a que sirva, como base cultural, a las novedosas ideas de perdón en Derecho penal: el perdón del arrepentido puede pasar por condiciones y límites que naturalmente se impregnan en la cultura. Además, el que quiera seguir la fe cristiana está obligado a perdonar siempre; de no ser así, al parecer el perdón de sus propios pecados no se materializa. Este es un detalle importante para que se advierta el contexto cultural general en el que rige nuestro ordenamiento jurídico.

5. EL PERDÓN DEL ESTADO Y SUS INFLUENCIAS

Si la religión judaica está basada en el perdón, y la religión cristiana extiende esa obligación hasta el punto de que exige a los fieles «amar vuestros enemigos» y «perdonar setenta veces siete», la pregunta que cabe formular es cuánto de esta obligación de perdonar se trasladará al juez penal, en el momento de imponer la sanción: ¿En caso que siga una moral cristiana, estaría el Estado obligado a perdonar todas las faltas del individuo?

El sentido común indica una respuesta negativa. La escisión entre Estado y religión no es una novedad de la Ilustración, sino que está enmarcada en el propio Evangelio. Cuando Jesucristo afirma su «dad al César lo que es del César» (Mt, 22, 15-21), trae evidencias de que sus palabras no son obligaciones del Estado, sino cuestión de fe. Su propia entrega a un juicio manipulado, que le condena a la pena capital, bajo la rotunda afirmación: «mi reino no es de este mundo» (Mt, 27) podría ser también prueba contundente de ello.

La respuesta, sin embargo, no es tan sencilla. El mismo momento de ese juicio demuestra una interferencia evidente del perdón judío, en el episodio de la liberación de Barrabás. Aunque haya autores que contrasten la veracidad de este hecho³⁶, para los documentos cristia-

cha y funcionamiento de los mecanismos de persecución penal, o, cuando menos, en el de reducir su intensidad o duración». POZUELO PÉREZ, L.; «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-17 (2020), p. 22.

³⁶ Jae Lee, en texto monográfico, sigue en búsqueda de los fundamentos históricos de esa liberación. Y anota que hay más autores que dudan de la autenticidad de ese pasaje. «John Nolland offers cautious support for a 'Passover pardon' that would fit Pilate's attempt for release Jesus and request of some Judeans to release Barabbas instead. Nolland cites an article by Robert Merrit in support of his claim. But the cases that Merrit adduces reflect temporary social inversions associated with carnival, such as the Saturnalia. Moreover, Merrit uses the practices only to support a background form Mark's creation of the release of Barabbas, not as a basis for historicity of the release of Barabbas. There is also some evidence against the practice of clemency in the response to the pleas of the people. Suetonius Tiberius 37:2, reports that

nos el levantamiento de la condena del ladrón Barrabás por Pilatos aporta evidencias de que se traslada la costumbre del perdón pascual a las instancias de la justicia romana en tierras hebreas. De algún modo, la creencia de que existe una obligación de perdón ya se trasladaba al Derecho penal, en la tradición judaica.

Dentro del cristianismo, autores de la escolástica se han ocupado de la contradicción aparente entre el perdón ampliado e irrestricto que su Maestro ofrece, pero analizar a todos ellos excedería los límites de nuestro texto. Basta con citar que el libro XXI del *Ciudad de Dios*, de Agustín de Hipona, se dedica básicamente a encontrar el equilibrio que debe existir entre el mandato cristiano del perdón absoluto y la necesidad de aplicación del castigo por el Estado, en la ciudad de los hombres. El Valle de Lágrimas que representa el mundo terreno demanda una justicia humana, en que las reglas de la misericordia no están presentes. *Grosso modo*, Agustín encuentra en la pena terrenal³⁷, aplicada a los criminales, una parte de enmienda, de lo que contemporáneamente se podría denominar como una pena curativa³⁸; de otra parte, le resta peso al castigo del individuo, señalando que debe ser comprendido como una gracia que tendrá su efecto en el mundo celestial, a veces como forma terrena de expiación.

Aun con esas afirmaciones, hay que decir que la antinomia entre la obligación de ofrecer perdón y la necesidad de castigo estatal sigue siendo, a día de hoy, materia que incomoda a los pensadores de inspiración cristiana. En un documento reciente, la iglesia anglicana explora la dicotomía de modo bastante directo, afirmando que el perdón debe siempre ser rediscutido por las instituciones religiosas, como el más grande regalo de Cristo³⁹, lo que no significa que siempre la pri-

Tibeiros could not be moved to rescind punishment by requests of the people. Josephus *Ant. 20:2015* decries the action of Albinus to release prisoners who clearly deserved to be put to death and to execute those who were imprisoned for trifling in commonplace offences». LEE, J. W.; «Pilate and the Crucifixion of Jesus in Luke-Acts», in *Luke Acts and Empire, Essays in Honour of Robert L Brawley*, Oregon, Wipf and Stock Publishers, 2011, p. 59.

³⁷ BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N.; *La pena de muerte según San Agustín*, Editorial Augustinus Revista, Madrid 1975; Del mismo autor, se pueden consultar: *Estado de derecho y pena de muerte*, Noticias, Madrid 1989; *Pena de muerte*, San Pablo, Madrid 1994.

³⁸ «Nosotros, ciertamente, reconocemos la existencia de algunas penas purificadoras en esta vida mortal. No se trata de torturar la vida de aquellos que con un castigo no mejorarán, o incluso se volverán peores. Son purgativas para aquellos que con tales aflicciones se corrigen. Todas las demás penas, temporales o eternas, deben ser enjuiciadas a la luz de la divina Providencia, que ha de tratar a cada uno: se aplican por los pecados ya pasados o por aquellos en los que actualmente vive el castigado, o también para ejercitar o hacer brillar las virtudes por medio de los hombres o de los ángeles, sean buenos o malos», Libro XXI, cap. XIII, in: Biblioteca Valenciana Digital. También en www.augustinus.it

³⁹ «The church can't stop talking about forgiveness, however. Forgiveness is at the heart of the good news of Jesus Christ. That doesn't mean that forgiveness needs to be the first thing that the church says in every situation. Moreover, it doesn't mean

mera respuesta de la hermandad deba ser su oferta inmediata e incondicionada. El consejo anglicano se plantea la cuestión de cómo conciliar el perdón irrestricto con el dolor de aquellos que son víctimas de abusos sexuales, especialmente dentro de los muros de su propia iglesia. Sin renunciar a las responsabilidades, el documento encuentra soluciones que no se pueden ignorar: el arrepentimiento es contenido irrenunciable de la conquista del perdón divino, que la iglesia está obligada a conceder. Pero parte sustancial de este arrepentimiento es que el individuo se someta a las leyes humanas que retribuyen al delito⁴⁰, sea como consecuencia de punición, sea, incluso, como forma de evitar que el individuo tenga la oportunidad de repetir la misma ofensa⁴¹ (lo que, en términos penales, significaría la inocuización). La toma de posición de la carta anglicana es rotunda: no se puede dar la oportunidad de que el perdón religioso sea utilizado como forma de bloqueo de la justicia humana⁴².

Es importante que, en la contemporaneidad, un documento rescate lo que antes ya se ha escrito sobre el vínculo que existe entre la punición y el perdón religioso, incluso para aclarar lo que más adelante vamos a defender: que los principios religiosos no pueden significar un perdón no razonado dentro del sistema legislativo, mucho menos cuando él implique una distribución de justicia desigual, que imponga diferencias entre clase alta y clase baja.

that forgiveness is an easy thing to talk about, that its meaning is obvious and doing it is straightforward. Forgiveness in Christian teaching is first and foremost God's gift, and the church has a corresponding responsibility to weigh its words carefully when it wants to speak about this gift and therefore about the one who gives it». VV AA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 04

⁴⁰ «To forgive sin is not tantamount to saying that sin does not matter and its consequences can be waved aside. A faith that has at its centre a crucified Saviour should never dare to think that. The two sides of forgiveness – receiving it and giving it– both begin with recognizing that what has been done *is* sin, and that sin is a deeply serious thing, a deeply destructive thing, more serious and more destructive than we can ever fully comprehend...». VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 12

⁴¹ «In the case of those who have committed abuse, part of such repentance will be a willingness to face the consequences, including legal consequences, of acknowledging the sin that has been committed. This has implications for the ministry of absolution within the church. Moreover, the nature of abuse (and not least the way it may habituate the abuser to self-deceit) can make it difficult for repentance to take root. Evidence of repentance cannot mean that no constraints should be placed on a person's access to situations where re-offending would be possible...». VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 15.

⁴² We have also been aware that the language of forgiveness can be used to block the way to justice. VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 18.

Los límites del traslado de la religión al perdón estatal son estrechos, y el riesgo de que se pueda utilizar la cultura de la misericordia como forma de renunciar a la equidad de distribución de la justicia penal debe ser anulada. Este es uno de los objetivos de nuestra reflexión.

6. PERDÓN Y LA CLEMENCIA DEL MONARCA

La afirmación que hemos sostenido, de que el perdón tiene su origen en la cultura judeo-cristiana, a partir de un Dios que exige que se disculpen las faltas a sus semejantes, puede encontrar alguna resistencia de aceptación entre los lectores. Al final, no faltan en la Historia prejudaica ejemplos de levantamientos de pena a condenados de toda naturaleza, como señal de la clemencia del gobernante.

Obra más que reconocida en el tema es el tratado de Séneca, *Sobre la clemencia*, en que el autor intenta dar lecciones a Nerón sobre las virtudes de no dejar moverse por la ira. El concepto que se encuentra en Séneca, empero, no es exactamente el perdón, porque está bastante lejos de disculpar las faltas y comprenderlas, sino más bien de superar momentos conflictivos y reafirmar la autoridad del monarca, en el momento en que él condiciona su superioridad moral cuando se disculpa, y se impone como individuo superior. Los planteamientos de Séneca, en nuestra opinión, están mucho más próximos a la idea política romana –que al final fue uno de los grandes diferenciales de su imperio– de no transformar a los vencidos de guerra en enemigos, sino de saber gobernar a su lado, lo que era la única forma de hacer crecer al Estado, apaciguando insurgencias locales. La concepción de los sometidos amigos o reinos clientes⁴³, los *socci*, hacían necesaria una política de paz luego del fin de los conflictos armados, que a la vez consiguiese mantener la autoridad del emperador de Roma; ese es el contexto principal, en nuestra visión, en el cual se deben interpretar las palabras del estoico. Su preocupación primera está en la legitimidad del monarca⁴⁴, que deja de aplicar la ley penal, al menos, para

⁴³ La locución de los «reinos clientes» la retiramos de Sáez: «De esta forma, el control que ejerció Roma de estos clientes es netamente hegemónico, ya que seguían disponiendo –teóricamente– de la libertad para ordenar sus asuntos internos». SÁEZ GEOFFROY, A.; *Política, estrategia y pensamiento militar bajo los Antoninos*, Tesis doctoral de la Universitat de Barcelona, 2007, p. 120. Véase también SAND, P. C.: *The client princes of the roman empire under de republic*, New York, Arno Press, 1975, pp. 186.

⁴⁴ «Por tanto, como te decía, la clemencia conviene por naturaleza a todos los hombres, pero especialmente se adecua a los emperadores, en la medida en que en ellos tiene más que conservar y se manifiesta en cuestiones de mayor alcance. ¡En efecto, cuán poco daña la crueldad de un hombre privado! La saña de los príncipes equivale a la guerra. Y, aunque exista concordia entre las virtudes y no haya una mejor

imponerse como aquel que detiene el poder y crece en virtud⁴⁵. Si bien es verdad que Séneca crea referencias importantes sobre la idea de justicia y el merecimiento⁴⁶, su foco está en la preservación del monarca, como forma importante de manutención de la paz y del fortalecimiento del Estado.

El perdón del Estado, en manos del monarca, como medio de ponerse por encima de la ley⁴⁷ y buscar la justicia en un horizonte más amplio, a la vez que se reafirma como el único detentor del poder, abunda en la literatura política y, claro, en los ejemplos históricos. Quevedo, entre sus escritos políticos, hace proselitismo de la necesidad de aplicar la pena como justicia, a la vez que, a partir de los Evangelios y de las cartas de Paulo apóstol, demuestra Quevedo que el rey debe hacer lo posible por dar el perdón, imitando a Cristo⁴⁸. El Quijote, de modo análogo, al disertar sobre las cinco razones que justifican la guerra, demuestra que el perdón cristiano tiene que intentarse imponer como primer peldaño, aunque reconozca ser un mandamiento difícil de cumplir, al menos a los que «tienen menos de Dios que del mundo y más de carne que de espíritu»⁴⁹.

En otras palabras, desde aquellos tiempos la utilidad práctica y política del perdón se mezclaba con la creencia religiosa, lo que ha cambiado con el paso del tiempo. Sin embargo, sostenemos que

ni más honrosa que otra, cada una se adapta mejor a un tipo de personaje» SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 74.

⁴⁵ «Cosa de mujeres enloquecer con la cólera, y de fieras –ni siquiera nobles– morder y acosar a los caídos. Los elefantes y leones no se detienen ante los que derriban; el enconamiento es cosa propia de las bestias innobles» SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 75.

⁴⁶ «Y sé que hay gente que piensa que son los peores los que reciben el apoyo de la clemencia, ya que es superflua si antes no existe el delito, y que esta cualidad únicamente deja de tener sentido entre los inocentes. Pero, en primer lugar, tal como la medicina se ocupa de los enfermos, y también los sanos la respetan, así aunque recurran a la clemencia los que merecen castigo, también los inocentes la veneran». SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 68. En la misma página (1), «pues es cierto que en determinadas circunstancias suceden ciertas cosas que, aunque objeto de elogios, pueden recibí castigo». (2) «Añade que existe una gran parte de los seres humanos que podría recuperar la inocencia, si se le perdonase».

⁴⁷ En ese sentido, Molina Fernández, criticando el indulto como «institución opaca» en la realidad española, «ajena al extraordinario desarrollo de las garantías jurídicas en el último siglo», afirma que «El imperio de la ley y de los tribunales en sus respectivas competencias hoy no necesita argumentación; las excepciones a ese imperio, sí». MOLINA FERNÁNDEZ, F.; «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en *El indulto: pasado, presente y futuro*, Madrid, IBDeF, 2019, p. 257.

⁴⁸ «Muchos son buenos, si se da crédito a sus testigos. Pocos, si se toma declaración a sus conciencias. En los malos, en los impíos, se les ha de demostrar misericordia. Por los delincuentes, se han de hacer finezas. ¿Quién padeció por el bueno? Con estas palabras habló elegante la caridad de San Pablo (ad Rom, 5)». QUEVEDO, F.; *Política de Dios, gobierno de Cristo*, Madrid, Imprenta La Rafa, 1930, p. 34.

⁴⁹ Parte II, cap. XXVII.

todavía el perdón mantiene esa idea mixta: la de que el arrepentido debe ser perdonado, y que la forma ideal de actuación del Estado es el indulto de las faltas, en imitación a Cristo. Las clemencias que existen en la Historia, a partir del Cristianismo, aunque con su trasfondo político, siempre se legitiman por la idea cristiana de que levantar la pena es un mandamiento que se debe buscar. Dentro de lo posible, un gobierno siempre encontrará justificativos morales para la imposición del perdón de delitos⁵⁰, y una sociedad que consiga superar el círculo de venganza, aunque pague algún precio por la impunidad⁵¹, logrará encontrar una paz⁵² legitimada en términos penales. Es lo que se propone.

⁵⁰ En España, los episodios de perdón en casos de revueltas han sido variopintos. El perdón de todos los Santos, que pone fin al levante de los Comuneros es uno de los ejemplos, narrado por Ricardo Mata: «En la práctica todas las ejecuciones de pena capital serían anteriores a la concesión del perdón real de todos los Santos, a excepción del muy singular caso del obispo Acuña. Se dio paso posteriormente a la preparación de una amnistía general para los sucesos comuneros. Se trataba de un perdón general o amnistía, de la que sin embargo se excluía a algunos de los comuneros considerados más significativos y que eran mencionado expresamente (los exceptuados), en una relación de 293 nombres, entre los que, eso sí, se incluían algunos ya juzgados y condenados.» MATA Y MARTÍN, R.; «La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villajar y otros episodios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, vol LXXIII, 2020, p. 134. Pero también hay otros ejemplos, muy bien documentados, en Rodríguez Flores. Allí, la autora demuestra como las reglas de los indultos estaban muy involucrados a la religión. En sus palabras: «Las partidas consideraban motivo de concesión de un perdón general el amor de Nuestro Señor Jesucristo, y lógicamente ese amor se mostraba en la concesión del perdón que se otorgaba en dicho día, y podía afectar y de hecho afectaba a varios reos. Juan II, en las Cortes de Valladolid de 1447 establecerá unas normas fundamentales para estas materias de perdonos, regulando la concesión de estas gracias con ocasión del Viernes Santo, o día de Indulgencias». RODRÍGUEZ FLORES, M. I.; *El perdón en Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971, p. 47.

⁵¹ Dos líderes religiosos, a su tiempo, coinciden en que el perdón puede costar injusticia o, al menos, esfuerzo de superación a una de las partes. «En la vida, no todo se resuelve con la justicia. No. Especialmente donde debemos poner una barrera al mal, alguien debe amar más de lo necesario, para comenzar una historia de gracia nuevamente. El mal conoce sus venganzas, y si no se interrumpe, corre el riesgo de propagarse y sofocar al mundo entero». BERGOGLIO, J.; *El padrenuestro*, Barcelona, Centre de Pastoral Litúrgica, 2019, p. 64. Asimismo, Ratzinger: «La ofensa –dice– es una realidad, una fuerza objetiva que ha causado una destrucción que se ha de remediar. Por eso el perdón debe ser algo más que ignorar, que tratar de olvidar. La ofensa tiene que ser subsanada, reparada y, así, superada. El perdón cuesta algo, ante todo al que perdona: tiene que superar en su interior el daño recibido, debe como cauterizarlo dentro de sí, y con ello renovarse a sí mismo, de modo que luego este proceso de transformación, de purificación interior, alcance también al otro, al culpable, y así ambos, sufriendo hasta el fondo el mal y superándolo, salgan renovados. En este punto nos encontramos con el misterio de la cruz de Cristo». RATZINGER, J.; *Jesús de Nazaret*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2007, p. 195.

⁵² En resumen, la justa causa «se cumplirá si en la guerra no se busca otra cosa que la paz, la mayor conservadora de las ciudades y de la sociedad humana, y a cuyo mantenimiento atiende principalmente la vida social en su conjunto, especialmente en una sociedad establecida con rectitud y sabiduría». GINÉS DE SEPÚLVEDA, J.; «Demó-

7. MANIFESTACIONES LEGÍTIMAS DEL PERDÓN: JUSTICIA TRANSICIONAL E INDULTOS

Evitar que los conflictos se dilaten en el tiempo es función del Estado, como es su función buscar la paz. Hay momentos en que la pena deja de ser un modo de establecer prevenciones generales y se transforma en un instrumento de perpetuación de embates que a nadie interesa mantener. Cuando esa última hipótesis se configura, el perdón se justifica. Sin embargo, hay condiciones para que ocurra, si es que se aspira a alcanzar una paz duradera.

Ausente la finalidad de la paz, toda forma de perdón pierde su legitimidad y más bien aparece como algo meramente nominal, que, bajo el discurso de la superación de conflictos y cumplimiento de la moralidad judeo-cristiana en que estamos inmersos, acaba por traer desigualdad y por mantener privilegios, además de promover más persecución penal. A raíz de un perdón equivocado, se puede amplificar la conflictividad del Derecho penal.

En las próximas líneas, se busca trazar un mínimo criterio para la detección de rasgos de perdón en la práctica de superación de conflictos. Los pactos, amnistías e indultos de la justicia restaurativa; los acuerdos del «arrepentido» en la justicia premial de los delatores; y, finalmente, el reconocimiento, por la Justicia, de la ausencia del estado de normalidad en el momento de los delitos. Son aplicaciones concretas del tema que acá se pone en estudio, pero que traen alguna confusión que habrá que elucidar.

7.1 La justicia transicional y restaurativa: cómo evoluciona la no-repetición

Si reconocemos que el Estado perdona la pena con el objetivo de poner fin a una situación de conflicto, las novedosas experiencias de justicia transicional y restaurativa⁵³, especialmente en Latinoamérica, juegan un papel relevante para la comprensión del instituto. Queda por responder, si la justicia que quiere superar los grandes traumas encuentra legitimidad frente a los postulados de Derecho penal, y si ello pasa por la aplicación del perdón.

crates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas», en *Obras completas*, t XV, Pozoblanco, Ediciones del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 101.

⁵³ Para un concepto completo sobre justicia restaurativa, véase GALAIN PALERMO, P.; *Justicia Restaurativa y Sistema Penal: ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la justicia penal?*, Montevideo, Univ. Católica de Uruguay, 2015, pp. 27-29 especialmente. En España, véase: TAPIA BALLESTEROS, P. e IGLESIAS RÍO, M. A.; «Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 127, 2017.

En nuestra opinión, el concepto de justicia transicional ha sufrido intensos cambios, hasta encontrar lo que hoy es el verdadero camino hacia una cultura de superación de contiendas, en lo que se puede llamar teleología de la paz. Conscientes de que esta justificación necesitaría muchas más páginas explicativas, corresponde señalar que la idea de «tribunales de transición», es decir, de intentos de realización de juicios para poner punto final a los conflictos, no son novedad en nuestra historia. Sin embargo, identificamos un progresivo abandono de la retribución y de la venganza, en los juicios de paz, que se hace relevante reseñar.

El primer gran esfuerzo contemporáneo para poner en juicio ordinario a los culpables de delitos de guerra se establece con el Tribunal de Nuremberg, consolidado ya en los finales de la Segunda Guerra Mundial. Es lo que podríamos indicar como un primer peldaño en la justicia transicional, que se caracterizó por la retribución grave y las penas draconianas. En el fallo de los líderes nazis, el alcance del ideal de no-repetición (el conocido «*nie wieder*» al holocausto judío) va por el cauce del castigo ejemplar, que los penalistas llamamos «prevención general negativa». En otras palabras, es por la aplicación de la pena de muerte, legitimada en juicio, que se transmite el mensaje de que hechos análogos no deben repetirse en el futuro. La misma estrategia, quince años después, se repite en el conocido juicio de Eichmann, quien, secuestrado por el Mossad en Buenos Aires, acaba condenado a la horca por sentencia del tribunal israelí.

Un segundo peldaño en términos de justicia internacional se hace a partir de los casos de tribunales internacionales *ad hoc*, constituidos en la década de 1990 por determinación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En los episodios de los genocidios en Ruanda y antigua Yugoslavia, la condena a muerte estaba proscrita, y muchas de las penas a prisión perpetua se han convertido en encarcelamientos de hasta treinta años. Si tomamos como principal ejemplo el caso del país africano, el pequeño número de condenados frente a lo que significó una matanza con centenas de miles de víctimas, aproxima la condena hacia lo que los penalistas llamaríamos prevención general positiva: antes que un castigo efectivo a todos los implicados, se trató de dar un mensaje de que la vida humana es un bien a ser protegido por la comunidad internacional, más allá de las disputas internas de países soberanos.

El último peldaño en la justicia transicional está en la Justicia y Paz y en la actual Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. A partir de experiencias de justicia transicional fallidas o meramente simbólicas de los países latinoamericanos para con las violaciones masivas de derechos humanos habidas en sus dictaduras militares, en que se exceptúan casi solamente Venezuela y la propia Colombia, esta nación construye una justicia que logra implementar la cultura de transformación y perdón, frente a sus problemas de guerrilla interna.

7.2 Los pactos de paz en su máxima evolución

El Pacto de Paz⁵⁴ que tiene lugar entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP sedimenta un nivel mucho más elevado de los estudios sobre perdón y superación de conflictos. Los esfuerzos que hicieron juristas de todo el mundo, especialmente los de aquella nación, para llevar a cabo un perdón condicionado han de ser valorados en este momento. El Pacto resultó en un documento de 300 páginas que, aunque sea de difícil interpretación, lanzó las bases efectivas para la justicia restaurativa: sus cuatro pilares de verdad, reparación, justicia y no repetición constituyen a día de hoy una doctrina indiscutible. Con ello, en breves palabras, el Pacto ha manifestado la necesidad de: 01) reconocer a las víctimas, es decir, señalar quiénes ocupan esos lugares; 02) reconocer las responsabilidades de los autores de los delitos; 03) promocionar la reparación; 04) garantizar la no repetición⁵⁵ de las afrentas.

En ese sistema, hay que identificar la fuerza de un doble mecanismo. Primero, no se establece un perdón absoluto de los hechos, sino una punición más liviana. Aquellos que sean reconocidos como miembros de las fuerzas del Estado o de las FARC, que asuman participación en ataques ocurridos durante el período de duración de los enfrentamientos (hasta el año de 2016), siempre y cuando confiesen el delito⁵⁶ y pidan perdón, reciben una pena de restricción de libertad que no es la cárcel, en el rango de 5 a 8 años. Los que asumen tardíamente esos delitos pueden ser encarcelados por ese mismo intervalo de 5 a 8 años, y los que no admitan su participación en sus crímenes⁵⁷, si resultan condenados, pueden recibir prisión hasta un máximo de 20 años.

⁵⁴ Su nombre completo es «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera».

⁵⁵ Es interesante que el referido Acuerdo haya afirmado que la condición de «no repetición» se alcanza con la implementación de las reformas allá establecidas. En sus palabras exactas: «El fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas.», p. 124. Esa idea de no repetición está muy cerca de lo que era el perdón judaico. En la obra de Nussbaum «But confession is only a first step. The sinner must then take steps to chart a course that will avoid the sin in the future. This course must begin with sincere regret and a commitment not to repeat the sin. God «discerns all hidden things.» and yet the statement of regret should also be made verbally (publicly if another person is involved, secretly if only God is involved)». NUSSBAUM, M.; *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York, Oxford University Press, 2016, p.

⁵⁶ Para una rigurosa comprensión de las normas que inciden ahora en la Jurisdicción Especial para la Paz, véase SERRANO, S.; «La integración del Derecho Internacional Humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz», en *Derechos Humanos Justicia Transicional y Perspectivas Globales*, Ramírez Barbosa, p. A. y Rodríguez, V. G. (orgs), Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 320.

⁵⁷ Se trata del principio de que Desmond Tutu ya narraba, al cuidar de la justicia transicional en Sudáfrica: «It is also not true that the granting for amnesty encourages impunity in the sense that perpetrators can escape completely the consequences of

El segundo mecanismo es la narrativa exhaustiva de los hechos⁵⁸. Ella es la clave para lograr lo que existe de más efectivo en la cultura judeo-cristiana del perdón: el reconocimiento de las faltas, el arrepentimiento y el camino hacia la reparación.

7.3 La importancia de la narrativa de los hechos

Las concepciones más contemporáneas del perdón alcanzan la importancia de esa narrativa exhaustiva de los hechos. Griswold, por ejemplo, en un intento de sistematizar el perdón, diseña seis requisitos, entre los cuales está, tal vez como más crucial, «ofrecer una narrativa que explique cómo llego a la falta y cómo ese hecho que cometió no representa la totalidad de su persona»⁵⁹. Aunque el autor imponga muchos matices en cuanto a la necesidad de esa narrativa cuando se trata de perdón en esferas políticas, bien es cierto que la enunciación de los hechos por el propio ofensor es una de las formas más eficaces de poder perdonar. Si bien es cierto que es posible que una narrativa pueda resultar sesgada por el punto de vista del ofensor y de las propias víctimas, también es verdadero que el relato es la única forma de establecer no solamente qué es lo que se perdona, sino cómo el ofensor interpreta sus propias acciones⁶⁰.

La construcción narrativa se muestra como el más eficaz instrumento para la reparación, porque viene a ser el momento en que el ofensor asume que incurrió en errores⁶¹. Los riesgos de que su petición de perdón sea simplemente formal disminuyen proporcionadamente al nivel de detalles que consigue ofrecer en su relato. No sola-

their actions, because amnesty is granted only to those who plead guilty, who accept the responsibility for what they have done. Amnesty is not given to innocent people or to those who claim to be innocent. It was on precisely this point that amnesty was refused to Steve Biko. They denied that they had committed a crime, claiming that they had assaulted him only in retaliation for his inexplicable conduct on attacking them. Thus the process in fact encourages accountability rather than the opposite. It supports the now culture of respect for human rights and acknowledgment of responsibility and accountability by which the now democracy wishes to be characterised.» Tutu, D. M.; *No future without forgiveness*, London, Random House, 1999, pp. 91-92.

⁵⁸ «Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades». Colombia, «Acuerdo Final», p. 124.

⁵⁹ «Offer a narrative accounting for how she came to do wrong, how that wrongdoing does not express the totality of her person, and how she is becoming worthy for approbation». GRISWOLD, C. L.; *Forgiveness: a philosophical exploration*, NY, Cambridge University Press, 2007, p. 250.

⁶⁰ Sobre la forma como la narrativa y la verdad toman distancia, pero a la vez significan la única forma de reconstrucción a partir del narrador, véase, entre tantos, RICOEUR, P.; *Historia y narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 144.

⁶¹ En sentido paralelo, el texto de ARROYO ZAPATERO, L.; «Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a Derecho y Literatura», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J. M.ª/Queralt Jiménez, J. J. (org), Buenos Aires, IBdeF, 2017, pp. 15-27.

mente presentar delitos, como homicidios, sino detallar sus circunstancias, su progresión en el tiempo, la participación efectiva de cada personaje en los resultados, el punto álgido conflictivo de los procesos de decisiones, todo ello aparece como condicionante mínimo para el perdón por parte del Estado y de las víctimas. Simplemente la acción de narrar puede conducir, como a su tiempo describió Desmond Tutu, a un proceso de catarsis que conlleva a que los propios ofensores, en el momento de narrar, noten sus errores⁶².

En los procesos de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, la promoción de entrevistas entre verdugo y víctimas, que es condicionante de la merma de la pena⁶³, debe empezar con esa cabal exposición por parte del agente a las víctimas o a su familia, lo que da muestras de su arrepentimiento. Desde nuestro punto de vista, el proceso de entrevista con las víctimas trasciende el momento de enunciación del arrepentimiento, alcanzado con la narrativa de los hechos, y es la principal forma de asegurar que exista una garantía de no repetición, es decir, si el ofensor se propone no reproducir hechos equivalentes en el futuro.

De ese modo, la narrativa se transforma en el punto álgido de la «no repetición» por lo que los penalistas determinarían como prevención especial positiva: la reparación moral del propio individuo ofensor, registrada en el relato exhaustivo de los hechos, dispensa la aplicación de la pena, al menos en su integralidad. Eso alcanza a responder la crítica de los penalistas de que cualquier sanción que se legitime solamente en el ámbito de la prevención positiva (general o especial) dispensaría imposición de restricción y sufrimiento, más aproximando de un indulto integral. No creemos que sea exactamente así, pero sí hay que reconocer que, siempre y cuando ocurra en el marco excepcional de la transición, la postura teleológica de alcanzar la paz es justificante de la exención del castigo.

⁶² «The examples of reconciliation or willingness to forgive that I had described in the las chapter were not the only ones. We found that many who came to the Commission attests afterwards to the fact that they had found relief, and experienced healing, just through the process of telling their story. The acceptance, the affirmation, the acknowledgment that they had indeed suffered was cathartic for them». Tutu, D. M., *No future without forgiveness*, London, Random House, 1999, p. 127.

⁶³ Véase, por ejemplo, el Auto 080 de 2019, de la JEP, en que se sostiene el derecho de las víctimas a comparecer a la audiencia de los culpables: «reiteramos a la SRVR nuestra solicitud de reconsiderar en esta fase procesal el derecho que le asiste a las víctimas y sus representantes de participar de manera directa en la versión voluntaria que rendirá el compareciente LFCV, y en consecuencia solicitamos se autorice la presencia de los abogados en las versiones voluntarias y se disponga de una sala de audiencias para que las víctimas puedan observar la retransmisión de la versión voluntaria, y en caso tal, aportar nuevos interrogantes para que le sean formulados al compareciente». El auto está disponible en la página de la JEP, Macrocaso 03, donde se afirma que: «Al atender el llamado de las víctimas y sus representantes, para este caso la Sala de Reconocimiento permitió que las víctimas participaran en las versiones rendidas por los comparecientes». Consúltese: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html>

Se trata, en resumen, de un proceso de prevención positiva y de garantía de no repetición, que ocurre por vía del perdón⁶⁴, condicionado a la muestra narrativa del arrepentimiento. Arrepentimiento que, al ser comprobado, también es forma de satisfacción de la víctima, en un círculo que se cierra, dispensando la necesidad de imposición de sufrimiento.

8. EL ABUSO DEL DISCURSO DE PERDÓN

Si bien el perdón se puede concretar en supuestos de justicia transicional y restaurativa, en su práctica contemporánea, es obligatorio identificar, a su vez, que existen distorsiones en su aplicación. De alguna forma, la figura de la disminución de la pena al delator, la superación de las faltas de las empresas por programas de *compliance* y el perdón habido por reconocimiento de estado de cosas inconstitucional son algunas de esas distorsiones, que acá merecen un breve repaso.

8.1 Delación premiada: falso arrepentimiento y utilitarismo verdadero

Uno de los institutos en que la figura del perdón aparece más evidente en la contemporaneidad, en el marco de lo que se denomina «justicia premial», es la delación premiada. Aunque se trate de un instituto no del todo implementado en España, es inequívoco que existe una presión internacional para que se adopte en todas las legislaciones del globo, con lo cual no es difícil prever que sea incorporada al Derecho ibérico en pocos años. De ahí, que cobre relevancia encontrar sus verdaderos puntos de contacto con el perdón.

El instituto tiene como base el utilitarismo más radical, que ha encontrado lugar seguro en la cultura anglosajona, no solamente porque allá, con Bentham, nace ese planteamiento filosófico directamente aplicado a las sanciones penales. También debe advertirse que, los movimientos cristianos más típicos de Estados Unidos,

⁶⁴ La idea de que hay que perdonar para ganar la confianza del ofensor es el tema central de Bartolomé de las Casas en su *De único vocationis modo*. Es interesante rescatar su trabajo, cuando se cuida de hacer renacer la idea de paz y reconstrucción. En sus palabras, por ejemplo: «Pero este modo de predicar enseña lo contrario, es decir, que matando y despedazando de manera soberbia, furiosa, violenta, dura y cruel, y por tanto haciendo males, se entreguen por medio de una muerte innatural, intempestiva e injusta, al poder, dominio y capricho del demonio para ser atormentados eternamente, a pueblos que fácilmente podían ganarse para Cristo. Luego este modo de predicar es contrario al modo que Cristo prescribió de palabra y de obra para predicar el evangelio» Las Casas, B. de; *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 361.

como los *quakers*, alteran la moral cristiana entonces vigente para añadir a ella un rasgo productivista⁶⁵, dentro del cual cabe el concepto utilitario. Eso en gran parte explica, en nuestra visión, lo que ha permitido que Estados Unidos de América sea la cuna de esa forma de justicia negociada⁶⁶.

En rasgos generales, en la figura de la delación premiada, el Estado ofrece el perdón total o parcial de la pena, a cambio de informaciones importantes que el delator pueda aportar acerca de sus compañeros en la criminalidad. Es, aparentemente, un acto de perdón de las faltas del individuo, que asume una función ciudadana de desbaratar la criminalidad organizada y facilitar la persecución penal.

El principal problema de la delación contemporánea, sin embargo, es que ella no está adaptada a la misma cultura judeo-cristiana que predomina en la latino-germánica. Basta con decir que el mayor ejemplo de malhechor del Evangelio fue un delator. Ya sea ahorcándose, ya sea estrellando sus entrañas contra el suelo⁶⁷, es incontrovertible que Judas se suicida después de entregar a su maestro: con la licencia de la interpretación que damos del sensible ejemplo religioso⁶⁸, el que trai-

⁶⁵ Los textos seminales del utilitarismo claramente demuestran la cabida de la delación premiada. Algunos fragmentos específicos de los «*Principles of moral and legislation*», de Bentham, más bien parecen una oda al premio al delator. Véase, por ejemplo, el fragmento sobre los servicios del delincuente: «2. The extraordinary value of the services of someone delinquent; in the case where the effect of the punishment would be to deprive the community of the benefit of those services». (XIII, XVI.2) BENTHAM, J.; *An introduction to the principles of moral and legislation*, New York, Burns and Hart-Oxford, 2005. p. 164. Sin embargo, la pregunta más importante es saber por qué Estados Unidos incorporó la ética utilitarista tan de lleno, y en ese sentido la conocida explicación de Weber, aunque no exhaustiva en nuestros límites, ayuda muchísimo: el protestantismo puritano contempló la lógica productivista de Adam Smith a una obligación del buen cristiano. Así Weber, por ejemplo, explica como Baxter trajo al fundamentalismo postluterano el discurso utilitarista: «Según la ética cuáquera, la vida profesional del hombre tiene que ser un ejercicio coherente de las virtudes ascéticas, una acreditación de su estado de gracia en un carácter concienzudo, el cual se traduce en el cuidado y en el método con los que desempeña su profesión. Lo que Dios exige no es el trabajo en sí mismo, sino el trabajo racional. Es en ese carácter metódico del ascetismo en el trabajo donde pone, el énfasis la idea puritana de la profesión, no como en Lutero, quien lo ponía en la resignación con la suerte asignada por Dios». WEBER, M.; *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 244.

⁶⁶ Al principio, sin embargo, el *plea bargaining* fue duramente contestado en Estados Unidos, por ser una forma de mermar el debido proceso legal, o, más, por significar una forma disfrazada de tortura. Para Langbein: «Plea bargain, like torture, is coercive». LANGBEIN, J. H. (1978): «Torture and Plea Bargaining», *University of Chicago Law Review*, 1978 Vol. 46: Iss. 1, Article 3, p. 13.

⁶⁷ La Biblia cristiana diverge en el modo en que ocurre la muerte del apóstol, aunque sea seguro que la culpa lo lleva a suicidarse. Ahorcado (Juan 21: 20-22 y Mateo 27: 5) o arrojándose del acantilado, conforme Actos de los Apóstoles 1: 18, en que se narra que su cuerpo se partió al medio, «y todas sus entrañas se derramaron».

⁶⁸ No se nos escapa que la demonización de Judas puede tener sus perances lógicos, ya que él había actuado de modo esencial para que la profecía se cumpliera. Se retoma toda la cuestión de la antinomia entre predestinación y libre-albedrío, hasta

cionó a Cristo no había hecho nada distinto que establecer un acuerdo de colaboración premiada con los representantes de Roma, no solo a cambio de las célebres treinta monedas de plata, sino también, ciertamente, obteniendo la contrapartida del perdón por la complicidad en los presuntos delitos⁶⁹ de su líder. El compromiso con el Estado, que vincula a todo ciudadano, no libera del compromiso moral⁷⁰ de proteger a sus compañeros, aunque delincuentes.

Tal desvalor generalizado de la traición es lo que autoriza, en sus ordenamientos internos orales o escritos, que los grupos de criminalidad organizada adopten, sin excepción, el ajusticiamiento del traidor. Las reglas de las maras y de los grupos de violencia organizada para ajusticiar a los delatores es de sentido común, pero aún así documentada⁷¹, como también es documentado el juramento de las Mafias Italianas (de inspiración latina) en Estados Unidos, en el cual su padrino expresa la clara advertencia de que traicionar los secretos de la *Cosa Nostra* significa morir sin juzgamiento⁷². Allí está la regla de oro, claramente reiterada cuando, en la narrativa de los aspirantes a las Mafias,

hoy no resuelta, en la que no vamos a entrar, pero remitimos a otros escritos de nuestra autoría. Véase: RODRÍGUEZ, V. G.; *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, São Paulo, Marcial Pons, 2018, especialmente pp. 96 ss.

⁶⁹ Borges, en su «Tres versiones de Judas», analiza el escrito de Runenberg para calificar el acto de «rebajarse a delator» como «el peor delito que la infamia soporta». Claro que reinterpretá, con Runenberg, el acto, y retrata que «Premeditó con lucidez terrible sus culpas. En el adulterio suelen participar la ternura y la abnegación; en el homicidio, el coraje; en las profanaciones y la blasfemia, cierto fulgor satánico. Judas eligió aquellas culpas no visitadas por ninguna virtud: el abuso de confianza (Juan 12, 6) y la delación. Obró con gigantesca humildad, se creyó indigno de ser bueno. Pablo ha escrito: *El que se gloria, gloriése en el Señor* (I Corintios 1, 31); el suicidio de Judas buscó el Infierno, porque la dicha del Señor le bastaba. Pensó que la felicidad, como el bien, es un atributo divino y que no deben usurparlo los hombres». BORGES, J. L.; «Tres versiones de Judas», en *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 2004, pp. 514-517.

⁷⁰ Bayertz, en completo ensayo sobre la moral contemporánea, pregunta por qué el individuo debe seguir la moral. Una de las justificaciones será la palabra de Dios; entonces, diferentemente de lo que aquí planteamos, no se trata de un conflicto entre moral y religión, sino del conflicto de la moral con ella misma. Haciendo uso del pasaje del antiguo testamento, del sacrificio de Isaac por Abraham (también analizado por KIERKEGAARD), afirma: «Im biblischen Text wird der Konflikt Abrahams bezeichnenderweise als die Spannung zwischen seiner Liebe zu Isaak und seiner Unterwerfung unter den Willen Gottes geschildert; irgendeine Art von genuine moralischen Bedenken werden nicht enmal angedeutet. Auch das Neue Testament kennt keine prinzipielle Differenz zwischen Moral und Religion». BAYERTZ, K.; *Warum überhaupt moralisch sein?* Berlin, C. H. Beck, 2004, p. 89.

⁷¹ Sobre la criminalidad organizada en Latinoamérica, véase RODGERS, D.; y BAIRD, A.; «Understanding gangs in contemporary Latin America», en Scott H. Decker y David C. Pyrooz (comp.), *The Handbook of Gangs*, Oxford: Wiley, 2015, pp. 478-5021.

⁷² «The first is that to betray the secret of Cosa Nostra means death without trial. Second, to violate any member's wife means death without trial». MASS, P.; *The Valachi Papers*, New York, Harper Collins Publisher, 2003 [orig. 1968], p. 75.

se coloca en sus manos un papel ardiente, para que repita «esa es la forma como seré quemado si traiciono los secretos de la Familia».

De ese modo, el argumento de que el individuo debe abandonar sus valores de honor personales y adoptar los de los ciudadanos, es decir, de pertenecer antes al Estado que a su grupo, nos parece falaz. La denuncia en nombre del Estado alcanza a valores mínimamente liberales, de protección de una esfera de libertad del individuo frente a cualquier injerencia, con lo cual es más bien característica de los regímenes totalitarios, como la conocida historia de Pavlik Morozov, joven delator transformado en héroe soviético⁷³ por su fidelidad a la causa comunista antes que a la propia familia, o la verosímil escena brechtiana de los padres que temen que su hijo haya ido a delatarlos al Reich de Hitler. La decisión de traicionar a los compañeros es, desde el punto de vista individual del acusado, algo que en general será contrario a su moral.

A sabiendas de ese rechazo moral que el instituto recibe por parte del Estado, los legisladores utilizan, conscientemente, una gama de técnicas para evitar que la delación se oponga directamente al precepto moral de no-traición. Una de ellas, a la que nos hemos referido en otros textos, es la de evitar el término «delación», haciendo que el vocablo sea proscrito de todas las legislaciones, aunque se lo utilice ampliamente en un contexto no jurídico, cambiándolo, en un intencional eufemismo, por «colaboración». Ello hace que muchos juristas contemporáneos, tal vez inconscientes del deliberado *softening* lingüístico, señalen que la «delación» es un vocablo coloquial, al tiempo que la «colaboración» sería el término técnico del instituto. Nada más lejos de la verdad, ya que la colaboración y la delación guardan evidente vínculo de continente/contenido.

Esa primera técnica de fuga al rechazo moral del instituto, sin embargo, ya da muestras de sucumbir a la propiedad semántica: la sinonimia, que no existe en sí misma, cuando se introduce por cuestiones ideológicas, cae por su propia debilidad. A los vocablos «delator»

⁷³ La historia de Pavlik Morozov está narrada en el libro *Informer 001*, de Yuri Druzhnikov. El joven Pavlik fue prácticamente canonizado por la bien dosificada y repetitiva propaganda del régimen estalinista y de los que le siguieron (p. 161), con canciones, libros y películas producidos en su honor; por ejemplo, *Bezhin Meadow*, de EISENSTEIN. En uno de los capítulos del libro, agudamente intitulado *The Family as a Terrorist Organisation*, Druzhnikov recuerda que, en el juicio del caso, ocurrido bajo la «forma superior de la ley» de la traición del Estado, «la familia fue transformada en una organización terrorista» (p. 58), y por lo tanto el caso de la familia Morozov no fue excepcional: «The cancer of betrayal metastasized, reached into the lives of other families. The people who suffered because of one boy's action could be counted in the tens of people, but those who fell victim to the denunciations of other numbered in the millions. Usually, following a denunciation case would be made against a single Family member, most often the father or the grandfather». DRUZHNIKOV, Y.; *Informer 001: the myth of Pavlik Morozov*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2013, p. 59.

y «delatado» no se les han encontrado sustituciones, cuando se trata de describir el instituto en mayores detalles⁷⁴.

La segunda técnica de enmascarar el premio al traidor es, ahora sí, invocarlo como forma de perdón condicionado. Es decir, presentar al delator como alguien que, como encandilado por la luz del bien, se cae del caballo de las organizaciones criminales y renace como un nuevo converso al ordenamiento jurídico y, por ello, merece la absolución de sus faltas. Desde Italia, entonces, viene el concepto de «delincuente arrepentido», que se plasma en la expresión coloquial, como el individuo que da muestras de abandonar la actividad delictiva.

El participio «arrepentido» no ha encontrado cabida en la mayoría de las legislaciones penales, que no deseaban depender de esa realidad subjetivada para la mensuración de la retribución. Sin embargo, en España, aunque para beneficios penales, la demostración de arrepentimiento se ha incorporado como requisito de importantes beneficios penales al delator. Aunque sea cierto que esa incorporación pueda atender a intereses sociales de la historia reciente⁷⁵, el hecho es que la figura del arrepentimiento se ha introducido en la legislación ibérica.

El perdón al «arrepentido» sería una forma de justicia restaurativa, si la realidad, en el caso de la delación, no fuera tan distante de la contrición que se alardea. El delator, en la enorme mayoría de las veces, es alguien que ya está amenazado por la pena y solamente se motiva a vencer su resistencia moral a entregar los compañeros frente a una firme promesa de disminución en el castigo previsto por la norma.

La delación premiada trae muchas antinomias frente al ordenamiento jurídico, como la de ser más indulgente con aquel que funciona como cabecilla de la organización, porque es el que tiene más información a aportar, o negar el derecho a la disminución de pena a los más humildes, que en general participan de grupos armados violentos donde la traición es ajusticiada fatalmente. Sin embargo, en lo que concierne a razonar la disminución de la pena con el abandono de la organización delictiva, el perdón trae la consecuencia indeleble de reconocer al reo el derecho de delinquir en el futuro: por haber renun-

⁷⁴ Por ejemplo, la actual redacción de la ley de crimen organizado de Brasil, que cuida de delación premiada, a pesar de jamás haber aceptado utilizar el término «delación», al ser recientemente reformada tuvo de utilizar los nombres «delator» y «delatado», al no conseguir un sinónimo para este último. La palabra «colaborado» no contiene ningún papel semántico. Véase artículo 4.º, § 10-A de la ley 128/50/2015, reformada por la ley 13.964/2019.

⁷⁵ Díaz Maroto, aunque en momento anterior a la reforma del artículo 98 del Código Penal español, al comentar que la «disminución de ulteriores situaciones de peligro para los bienes jurídicamente protegidos» alcanza «merecer el “premio” de la atenuación penal», aporta el realismo: «No se olvide que la legislación en materia terrorista viene condicionada en los últimos años en nuestro país por la política de la reinserción social de los miembros de ETA, fundamentalmente». DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J.; «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”», *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4132, 1996, p. 3.

ciado a una actividad delictiva que ocurriría en momento ulterior, se le compensa con la disminución de la pena a delitos ya cometidos.

De nuestra parte, basta con afirmar que la delación premiada no se trata de un ejercicio de perdón condicionado por arrepentimiento, sino de una forma de utilitarismo típico del *jus in bello*: como el Estado no logra, por sus propios medios, vencer al enemigo, ofrece ventajas a aquellos que colaboren en su batalla, a sabiendas de que, con ello, tendrá que regatear la pena, renunciando parcialmente a su potestad punitiva. Como, sobre el tema, ya postulaba Ginés de Sepúlveda, «mientras no hagas desaparecer a los lobos y a las alimañas, no podrás convencer a un pastor para que deje de recurrir a los perros»⁷⁶.

La diferencia entre ese proceso y el perdón que existe en la justicia transicional es evidente: en lugar de optar por la paz, el Estado busca instrumentos para ser él mismo más efectivo contra la guerra, es decir, anhela más castigo, más pena, aunque direccionada a otros agentes. Ello, desde luego, no es perdón.

8.2 La petición de perdón de las grandes empresas: jugar en un tablero más amplio

La propensión social, a que aludimos en nuestra introducción, de que la sociedad supere sus conflictos y camine hacia la igualdad no está libre de más distorsiones. Organizaciones muy bien constituidas aprovechan ese momento de cambio social para seguir cometiendo sus delitos, sabiendo que, si el riesgo de ser pillado en sus delitos se materializa, sabrán utilizar del discurso de reconstrucción y petición de misericordia en pro de su impunidad. Y de ello no faltan ejemplos.

Aquí nos referimos especialmente a las personas jurídicas, bien sean los partidos políticos, bien sean, especialmente, las grandes corporaciones. Como pocas, esas corporaciones conocen las debilidades que existen en la potestad del Estado, y utilizan los nuevos postulados de *enforced self-regulation*⁷⁷ como manera de trasladar a un futuro

⁷⁶ GINÉS DE SEPÚLVEDA, J., «Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas», in: *Obras Completas XV*, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 105.

⁷⁷ Entre tantos escritos sobre la eficacia del *compliance* a día de hoy, recúrrase al texto seminal de Braithwaite, quien establece, en una larga disertación, que la propia empresa es capaz de identificar sus «wrongdoings» mejor que el gobierno. Y, al final, piensa que la salida sería establecer una figura de *self-regulator* que fuera «enforced», es decir, que respondiera al poder del gobierno. Apenas para documentar, el fragmento: «Enforced self-regulation, on the other hand, can ensure that internal compliance groups will not be lightly overruled. Under the model proposed by this Article, a compliance director would be required to report to the relevant regulatory agency any management overruling of compliance group directives. A director who neglected this duty would be criminally liable». BRAITHWAITE, J.; «Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control», *Michigan Law Review*, 80, 1982, p. 1477.

incierto la punición de sus faltas, a través de muy calculadas peticiones de perdón.

Grosso modo, la doctrina de los programas de *compliance* teóricamente tiene por base el trabajo colaborativo con las agencias públicas, en una constante construcción de las reglas de cumplimiento normativo por la propia empresa, a partir de lo que sea su realidad organizacional⁷⁸. En nuestra opinión, en las bases de la debilidad de los programas de cumplimiento se encuentran dos factores: la confianza de que a la sociedad no le interesan graves puniciones a las personas jurídicas, porque la salud financiera de las empresas es esencial para la generación de empleos; pero, principalmente, como segundo factor, la observación de que existe una sociedad tendente a la superación y al perdón, que acepta muy rápidamente los pedidos de disculpas, seguidos de actos de constricción formales, indemnizaciones mínimas y promesas de que jamás se va a repetir lo ocurrido. Es decir, cuando se aprovecha de la cultura de la misericordia y de la superación para conseguir la impunidad, porque falta al Estado el *enforcement*, el control necesario para imponer las penas que se aplican ordinariamente a personas físicas, que no poseen la misma capacidad de manipular discursos o siquiera de acceder a negociaciones directas con los agentes de la opinión pública y del propio Estado.

Así, especialmente en países donde el sistema de punición a las personas jurídicas es más débil, los costosos sistemas de prevención de riesgos son sencillamente nominales y se hacen sustituir por baratos, eficaces y nada innovadores comités de gestión de crisis. Esos comités generan, a impresionante velocidad, discursos que «antropomorfizan» las empresas, y hablan de «dolor», «consternación» o «remordimiento» por los delitos cometidos, lo que les confiere la oportunidad de apaciguar cualquier tipo de reacción social respecto a las irrisorias reparaciones que ofrecen. Como se ha afirmado, ejemplos de esas conductas no faltan⁷⁹.

Las personas jurídicas desvirtúan el discurso del perdón y se aprovechan de los cambios sociales, transformando en impunidad la tendencia general a la paz y a la acogida de los más débiles, a partir de un ilocutorio, es decir, una no-enunciada doctrina de que cualquier punición es pura venganza. Con la misma técnica actúan muchos representantes de la clase política, los cuales, muchas veces, cuando se les hace recordar su pasado de corrupción y abusos, afirman que acerca de sus fechorías ya han pedido el debido perdón, como si la colectivi-

⁷⁸ De modo más ponderado, para los estudios de los caminos del *compliance* en España, véase GÓMEZ TOMILLO, M.; *Compliance y Política Legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

⁷⁹ Uno de estos casos, recientes, es descrito en RODRÍGUEZ, V. G.; «O caso Carrefour e a ineficácia deliberada dos programas de Compliance», *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 nov. 2020, p. 2.

dad fuera un gran Yom Kippur obligado a la misericordia. La sociedad de «sobre eso, yo ya he pedido disculpas» es aquella que puede pagar caro sobre la desnaturalización del arrepentimiento.

9. EL PERDÓN DEL ESTADO: LA REALIDAD INCONSTITUCIONAL Y LOS CAMBIOS DE VISIÓN DE MUNDO

El último punto a destacar sobre la desnaturalización del discurso del perdón penal está en el levantamiento de las condenas para aquellos a quienes se reconoce que la pena aplicada no ha sido justa. Aunque parezca muy evidente que los indebidamente condenados no deben recibir perdón, sino justicia, la observación más atenta de algo sobre la literatura actual parece mezclar conceptos.

En una sociedad, como siempre reiteramos, más humanizada, el Derecho penal, la Criminología y otras ciencias sociales cambian de opinión acerca de la necesidad y el merecimiento de pena en algunos casos. A raíz del ocaso de las visiones extremadamente liberales en Derecho penal, se empieza a reconocer que el libre albedrío es mermado cuando el individuo se encuentra en un entorno que no le permite elegir libremente sus acciones. Además, se alarga el reconocimiento de los factores determinantes del comportamiento humano, como en el caso de las presiones del entorno social. Así, por ejemplo, en el caso de los pequeños delitos que ocurren en el seno del crimen organizado que domina barrios o ciudades enteras en Latinoamérica, o en el del trabajo campesino de los que cultivan coca o marihuana en lugares donde su venta se hace mucho más rentable que otros granos, se empiezan a ver cuestionamientos acerca de sus rasgos delictivos. Bien como elemento típico (en imputación objetiva), bien como acción digna de reproche (culpabilidad y responsabilidad), lo cierto es que hay una percepción general de injusticia por condenar a estos ciudadanos, a raíz de una natural revisión de valores. Reconsiderar, por ejemplo, el *war on drugs* para asumir que el Derecho penal no debe intervenir en algunas actuaciones del narcotráfico, cuando se activa una relación de dependencia económica entre países que producen drogas a bajo precio y otras potencias que importan drogas a precio alto no significa, en nuestra opinión, un camino hacia el perdón de delincuentes. Descriminalizar no es perdonar.

A partir de Latinoamérica, gran parte de esa contestación acerca del injusto o de la responsabilidad de hechos típicos aflora en el constructo del «estado de cosas inconstitucional». Se trata de una doctrina que tuvo origen en Colombia, con una Sentencia de Unificación (SU 559/1997), la cual protegía los derechos provisionales de profesores. Pero no pasó mucho tiempo para que, en fallos posteriores, el

precepto se trasladase al Derecho penal⁸⁰, notablemente a las cuestiones penitenciarias. En líneas generales, la doctrina da cuenta de que, cuando la realidad general de las cosas es de incumplimiento de los derechos básicos de la Constitución, hay que ser considerado en los castigos. En Brasil, el constructo colombiano se ha aplicado por primera vez en 2015⁸¹ en un fallo del Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/STF), que cuidaba de la omisión del Estado en la situación carcelaria, y ya se ha reiterado en 2020, cuando la misma corte brasileña prohibió, en tiempos de pandemia de covid-19, las acciones organizadas de la policía en las «favelas» (ADPF 635), incluso haciendo referencia directa a una importante decisión de la Corte IDH en contra de la letalidad policial de Brasil (Caso Favela Nova Brasilia⁸²).

En resumidas cuentas, la doctrina del «estado de cosas inconstitucional» significa que no se puede aplicar un derecho normal a una situación anormal. Si, en términos de Derecho constitucional, ello significa un gran avance, al impulsar que se interprete *cum grano salis* la afirmación kelseniana de la absoluta separación entre vigencia normativa y su eficacia, en el Derecho penal eso no es, o no debería ser, rotunda novedad. La figura de la culpabilidad, a pesar de las grandes discrepancias sobre su carácter constitutivo, siempre ha determinado que el injusto solamente es reprochable si ha tenido lugar en condiciones de normalidad.

Eso implica asumir que, si el Estado se da cuenta, hoy, que la aplicación de la pena en el pasado ha ocurrido sistemáticamente de manera injusta porque, en un cambio de paradigmas interpretativos, viene a reconocer que las condiciones para la comisión de algún delito no eran las de un entorno de eficacia mínima del estado de derecho, el levantamiento de la pena está lejos de ser un perdón⁸³. Lo que debe ocurrir es un reconocimiento tardío, *ex tunc*, de la no reprobación del delito por ausencia de culpabilidad: estado de miseria, estado de gue-

⁸⁰ Véanse otras Sentencias de la Corte Colombiana sobre el Estado de Cosas Inconstitucional: S. T-388/13, T-195/15, T-762/15, T-182/17, T-193/17, T-162/18, T-267/18, T-260/19, T-374/19.

⁸¹ Nos referimos a la ADPF/STF 635. «Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição». El fallo está disponible en la página web del Supremo Tribunal Federal.

⁸² CoIDH, *Caso Favela Nova Brasilia x Brasil*, Sentencia de 16 de febrero de 2017.

⁸³ En sentido paralelo, Fernando Molina, disertando sobre los instrumentos legales que no son indulto: «Si, erróneamente, se ha afirmado la responsabilidad y ha recaído sentencia firme condenatoria, este debe revocarse y anularse, haciendo desaparecer sus efectos como si nunca hubiera existido: revisión de sentencia». MOLINA FERNÁNDEZ, F.; «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en *El indulto: pasado, presente y futuro*, Madrid, IBdeF, 2019, p. 258.

rra, absoluta falta de tutela del Estado, todo ello son elementos para levantarse la pena bajo la acreditación del estado de cosas inconstitucional, en lo cual la aplicación de la norma incriminatoria es viable o sostenible.

En esos supuestos, que a día de hoy ganan fuerza en los discursos penales criminológicos, si hay algo que aplicar en perdón es todo lo contrario: el Estado debe pedir perdón a sus ciudadanos condenados, por un motivo doble: primero, por no haberles concedido las condiciones mínimas de desarrollo para cumplir la norma penal; segundo, por haberles infligido una condena anteriormente, sin darse cuenta de ese estado de absoluta inexigibilidad de cumplimiento normativo. Para ello, claro, se habrá de superar la concepción de que el Estado jamás se equivoca, pero eso sería tema para otro trabajo.

Cuando estamos frente a decisiones de levantamiento de pena por posterior reconocimiento del estado inconstitucional de cosas, es el Estado quien debe pedir perdón a sus ciudadanos, por haber impuesto condenas injustas. No al revés.

10. CONCLUSIONES

1. Los cambios sociales contemporáneos renuevan la percepción de la crueldad de la pena, con lo cual no bastan nuevos discursos de legitimación del castigo, sino su efectiva disminución. Para alcanzar esa finalidad, el perdón es un elemento clave.

2. Aunque el perdón sea un camino hacia la necesaria disminución de la crueldad penal, la tendencia a su aceptación tiene evidentes desvíos de finalidad. Utilitarismo, reconocimiento de condenas injustas o peticiones de disculpas por aquellos que conservan el propósito de repetir ofensas semejantes, no caben en el concepto de perdón.

3. Para bien estudiar el perdón, es necesario dejar atrás alguna leyenda negra que todavía sobrevive en el análisis del estudio de la escolástica, y superar el epistemicidio, que impide la valoración de experiencias de países alejados del núcleo económico mundial.

4. El perdón tiene origen en las religiones monoteístas. La manifestación del arrepentimiento, definido como tal, se encuentra en la religión judía, y coincide con la percepción de haber ofendido a Dios. El perdón condicionado a la aceptación del perdonado es un eje de la cultura hebrea.

5. El perdón cristiano se amplió en relación con el judaísmo. Determinó el dogma religioso que incluso los enemigos sean amados, y que el número de perdones se extendiera al infinito. Sin embargo, la misericordia divina aparece condicionada: ella existe en la proporción en que el propio individuo perdona a sus semejantes y encuentra límites temporales. En suma, obliga al que quiera seguir esa fe a que

ofrezca perdón de modo ampliado. Esa es, en gran parte, la cultura en la cual se inscribe nuestro ordenamiento jurídico.

6. El propio cristianismo, en sus varias denominaciones, desde los doctores de la iglesia hasta la fecha, intenta solucionar la paradoja entre la obligación del individuo de perdonar y la necesidad del Estado de castigar. Concepciones acerca de que la pena terrenal pueda ser una forma de expiación o curación, como una suerte de correccionalismo, aparecen en esas explicaciones. La más rotunda justificación, empero, reposa en la pragmática de que la sociedad no puede prescindir de la pena, lo que representa un consenso entre todos los juristas.

7. Las amnistías del monarca son anteriores incluso al concepto de perdón. Ellas significan la reafirmación de su poder, a partir del momento en que se presenta como individuo que no solo puede dictar la ley, sino también ordenar su incumplimiento.

8. A lo largo de la historia contemporánea, se puede identificar una escala para los juicios de transición, en relación a su aspiración por alcanzar lo que hoy denominamos «garantías de no-repetición». El Tribunal de Nüremberg apostó por la no-repetición a partir de la aplicación de penas severas (prevención general negativa); los tribunales *ad hoc* para Ruanda y antigua Yugoslavia, con pocos condenados y prohibiendo las penas de muerte, quisieron acentuar parcialmente la prevención positiva, es decir, señalar que la vida de los seres humanos, incluso en naciones periféricas, debe ser protegida. Los Acuerdos de 2016 en Colombia, por su parte, apostaron al perdón, aunque no absoluto, para alcanzar la paz.

9. La experiencia colombiana demuestra que, para el objetivo de «no repetición», es fundamental el ejercicio, por parte de los que piden perdón, de la construcción de un relato exhaustivo de sus acciones. Ello coincide con el origen de las peticiones de perdón en la cultura judaico-cristiana.

10. El perdón efectivo en las justicias transicionales y restaurativas concreta la prevención general positiva: la inexistencia de castigo es lo que convence a los individuos para que la paz sea duradera. La frontera entre esa superación y la impunidad, que tiene efecto inverso, es, desde luego, difusa.

11. La delación premiada no se puede justificar como discurso de perdón, por algunos motivos: (1) porque el perdonado no está arrepentido ni es un converso al bien del Estado; (2) porque, con la delación, el Estado busca aplicar más Derecho penal, al perseguir muchos delatados a cambio de un perdón al delator. El Estado busca una táctica de guerra que le permita aplicar más castigo, aunque a agentes distintos;

12. Las grandes empresas, de modo muy calculado, utilizan las peticiones de perdón como forma de evitar cualquier sanción. Bajo una alegación de que están ayudando a construir el sistema de «enforced self-regulation», lo que hacen es fortalecer su sistema de gestión de crisis, y con ello pedir perdón por su falta de organización y por la causación de daños que, como se sabe, podrían ser evitados. Una

indebida antropomorfización de las grandes compañías es parte integrante de esta técnica, que no dejará de utilizar vocablos de poco significado cuando se trata de personas jurídicas, como «profundo dolor», «arrepentimiento» o «peticiones de perdón». Es la desvirtuación más evidente de la cultura de superación de conflictos; y

13. El cambio de valores sociales puede imponer el reconocimiento de que el Estado se equivocó, en el pasado, en aplicar la punición. Eso se hace más visible, en Latinoamérica, con la aplicación de la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, si el Estado decide levantar la pena a un individuo, al reconocer que, al tiempo de su delito, no le eran garantizadas condiciones mínimas de vigencia de un estado de derecho, eso no se trata de perdonar al individuo. Al revés, es el Estado quien está obligado a pedir perdón a su súbdito, bien sea por no haberle garantizado condiciones mínimas de desarrollo de su personalidad, bien sea por haberle infligido una condena que ahora se reconoce injusta.

Humanismo intercultural biocentrado: una propuesta desde lo común

Intercultural biocentrated humanism: a proposal from the common

Por DAVID SÁNCHEZ RUBIO
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Se propone una posición humanista antro-po-descentrada y no antro-po-céntrica, en la que lo humano siempre está presente en cualquier proceso cultural, pero no solo desde la versión ofrecida por la cultura occidental, que ha sido más mercado-céntrica o estado-céntrica que antropocéntrica por fetichizar sus propias producciones y creaciones. Desde ella se combina constructiva y dialógicamente la defensa de los derechos humanos con posiciones más geo-céntricas o bio-céntricas, que dan prioridad y giran en torno a los derechos de la Naturaleza. Entre ambas hay una simbiosis, una coordinación y unión. Esta interrelación se complementa con una mirada intercultural con la que se defiende y reivindica todo proceso en el que tanto a los seres humanos como a la Naturaleza se les tratan como sujetos a partir de las sociabilidades y relaciones sociales. Lo común es la base de estas tramas sociales con perspectiva intercultural.

Palabras clave: *humanismo; derechos humanos; derechos de la naturaleza; común; dominación; liberación.*

ABSTRACT

A position is proposed an antro-po-decentrated and not antro-po-centric position, in which the human is always present, but not only from the version

given by Western culture that has been more market-centric or state-centric than anthropo-centric for fetishizing their own productions and creations. From it constructively and dialogically combines. The defense of human rights is combined constructively and dialogically with more geocentric or biocentric positions, which prioritize and revolve around the rights of Nature. There is a symbiosis, a coordination and union between the two. This interrelation is complemented by an intercultural look with which every process is defended and vindicated in which both human beings and Nature are treated as subjects based on sociabilities and social relationships.

Keywords: humanism; human rights; rights of nature; common; domination; liberation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: HUMANISMO ANTROPODESCENTRADO Y ANTIFETICHISTA. – 2. CONTRA UNA HUMANIDAD EXCLUYENTE Y UNA ECONOMÍA CREMATÍSTICA. – 3. VICTIMIZACIONES ENTRE HUMANOS Y DESTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA. – 4. LO INTERCULTURAL DESDE LAS SOCIABILIDADES Y LO COMÚN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: ANTHROPODECENTRATED AND ANTI-FETISHIST HUMANISM. – 2. AGAINST AN EXCLUDING HUMANITY AND CHREMATISM ECONOMY. – 3. VICTIMIZATIONS AMONG HUMANS AND A DESTRUCTION OF NATURE. – 4. THE INTERCULTURAL FROM THE SOCIABILITIES AND THE COMMON.

1. INTRODUCCIÓN: HUMANISMO ANTROPODESCENTRADO Y ANTIFETICHISTA

En este trabajo intento exponer provisionalmente una propuesta de lo que denomino humanismo antro-po-descentrado y bio-centrado con el que pretendo elucidar y discernir la centralidad de lo humano en el corazón de la Naturaleza como base para el reconocimiento de los derechos. Solo me interesa la Naturaleza en su relación con los seres humanos, porque ella puede prescindir de nosotros y seguir su curso en el momento que dejemos de existir. Si el planeta sobrevive sin la especie humana, continuará su trayectoria reconfigurándose de forma heterogénea y sin echarnos de menos. En cambio, sí me preocupa la existencia de la humanidad y deseo que sea en armonía con la Naturaleza y desde dinámicas incluyentes y no excluyentes, en el sentido de que entre todos podamos construir un mundo en el que quepan muchos mundos, y en donde la totalidad (o la mayoría cualificada) de los terrícolas vivan y puedan vivir en condiciones dignas de existencia y armónicamente con la Naturaleza.

Parto de la premisa y la convicción de que hay un error cuando se habla críticamente de antropocentrismo en la cultura occidental en su trayectoria histórica con la culminación del tránsito a la modernidad y su confluencia con el capitalismo, en el sentido de que se considera al ser humano el centro del mundo natural. Sí creo que es cierto, pero en parte, pues lo humano se caracteriza por su pluralidad y hay muchas versiones y concretizaciones de cómo se puede ser *homo sapiens*. No obstante, solo ha sido una de sus versiones la que ha tratado de hacerse hegemónica y ha intentado mostrarse como la única expresión de lo humano y como centro de todo. Pero no solo eso, la versión de la modernidad propia de la cultura burguesa (con su idiosincrasia competitiva, de autonomía egoísta, colonizadora del planeta, ganadora y mercantilizadora de todas las parcelas de la vida humana, animal y vegetal, heterosexual y desde el modelo del hombre blanco, propietario codicioso, creyente religioso o creyente exclusivo de la racionalidad científica) ha intentado convertirse, pese a ser una parte de los muchos componentes o expresiones que conforman nuestra especie, en el todo de lo que debe entenderse por humanidad, discriminando y marginando a otros colectivos y a otras culturas que también han pertenecido y pertenecen a la rica Babel o babelizada de los *homo sapiens*. Incluso diría algo más, pues en la línea de Franz Hinkelammert, la cultura occidental nunca fue antropocéntrica, porque el ser humano particular y concreto, con nombre y apellidos, en ningún momento fue el centro, ni su referente. Fueron otras cosas u otros entes, en concreto, las producciones y las creaciones culturales creadas por los *sapiens* modernos y occidentales, a las que fue fetichizando e idolatrando por encima de la misma condición humana particular y concreta de la mayoría de su especie con la que se ha ido encontrando, depredando, robando, expropiando y hasta eliminando. Por esta razón, según la época, más que antropocéntrica, fue y es más mercado-céntrica, estado-céntrica, científico-céntrica, tecno-céntrica, fe-céntrica, egocéntrica, capital-céntrica, varón-céntrica...

El antropocentrismo mal dirigido se convierte en un fetichismo hacia una de las creaciones o producciones humanas (institución: el mercado, la propiedad privada, el capital o el Estado; forma de saber o conocimiento: la fe, la razón, la ciencia o una teoría filosófica; o cualquier producto cultural como la tecnología o la idea de patria), que terminan idolatradas por encima de nuestra condición de sujetos relacionales, procesuales, históricos y en permanente cambio, al ser considerados esos objetos producidos y esas objetivaciones culturales como entes superiores. Como contrapartida, lo que propongo no se trata de este antropocentrismo de apariencias, de falsas promesas y de abstracciones, sino de una combinación de las propuestas bio-céntricas y geocéntricas que ponen el punto de mira en la Naturaleza y nos bajan del pedestal, con otras posiciones más *antropodescentradas*, opuestas a narcisismos humanistas abstractizantes propios del

occidente moderno. Creo que una de las claves, como después desarrollaré, se sitúa en el ámbito de las sociabilidades de respeto y de reconocimiento entre nosotros y no en el problema del endiosamiento de aquello que construimos, para que las producciones y creaciones humanas estén en función de nuestras condiciones de vida. Si los seres humanos nos aceptamos y nos respetamos unos a otros, también habrá, como consecuencia, consideración y protección de la Naturaleza y de los animales. Si no nos respetamos entre nosotros, es lógico que tampoco respetemos ni a animales, ni a vegetales ni a la Naturaleza¹. De todas maneras, considero que no hay oposición entre lo que llamo un humanismo homo-descentrado y las posiciones geocéntricas o bio-centradas que defienden el pilar y el fundamento de la Naturaleza, siendo el ser humano uno más entre todos los miembros de la comunidad de los organismos, seres vivos y los entornos biodiversos en los que moran, adjudicándole el papel de guardián y protector del universo animal y vegetal. De ahí el rótulo que defiendo: humanismo antropro-descentrado en clave intercultural y basado también en el referente de lo ecológico y la armonía con el medioambiente y la Naturaleza. Derechos humanos y derechos de la Naturaleza tienen que ir siempre juntos, en simbiosis y unidos en su defensa y en su práctica². En los próximos apartados lo intentaré explicar y justificar.

2. CONTRA UNA HUMANIDAD EXCLUYENTE Y UNA ECONOMÍA CREMATÍSTICA

A continuación, voy a recurrir a dos relatos que me servirán de pretexto para mi propósito de por qué la defensa de los derechos humanos debe ir de la mano de la defensa de los derechos de la Naturaleza: *a)* uno es de Isaac Asimov que aparece en *El sol desnudo*; *b)* el otro es de Ivan Illich, en su descripción de las sensaciones que le provocó su visita a la casa de Gandhi.

a) Isaac Asimov explica muy bien en su libro *El sol desnudo*³, un posible escenario futurista producido por el avance de las nuevas tecnologías. Describe a Solaria, un planeta poblado por un grupo

¹ Ver HINKELAMMERT, F.; *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*, San José, Editorial Arlekin, 2007.

² Una propuesta intermedia eurocentrada y menos inspirada en el pensamiento de liberación y el pensamiento decolonial, pero con ciertas afinidades a la que yo defiendo, la hace Nuria Belloso en *El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la Naturaleza*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2018, pp. 149 ss.

³ ASIMOV, I.; *El sol desnudo*, (Biblioteca de ciencia ficción, n.º 7). Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.

minoritario de humanos rodeados de robots, *cyborg* y replicantes que se encargan del mantenimiento de las extensas haciendas y las kilométricas propiedades. La paradoja que muestra la obra se refleja en el hecho de que los pocos seres humanos que habitan en Solaria, pese al avance de las innovaciones científicas, viven aislados unos de otros, debido a que cada uno mora solo en extensiones territoriales de millones de hectáreas gestionadas por las máquinas. La mayoría de las haciendas son de 20 mil kilómetros cuadrados y la más grande es de 500 mil. Un solariano se enorgullece de no encontrarse con su vecino.

Además, la estructura de esa sociedad es parecida, como los propios solarianos afirman, a la de Esparta, pero la elite que gobierna y vive sola ha logrado impedir la migración, estando el planeta casi despoblado. No tienen esclavos, porque sus ilotas son las máquinas. De esta manera, como aristócratas que se sitúan en la cumbre de la pirámide de poder, evitan las revoluciones sociales a las que consideran las desdichas de la historia humana, ya que los robots no sufren como humanos desposeídos y explotados. Tampoco existe el contacto corporal entre ellos, sienten asco por el aliento y les resulta hasta repulsivo. La comunicación es toda virtual. La convivencia solo se da con los robots que la ciencia avanzada y modernizadora les proporciona.

Dos interpretaciones deduzco de la lectura sobre los solarianos. Por un lado, la frialdad y la insolidaridad normalizada que tienen hacia el extranjero y por el no solariano. Si lo proyectamos sobre nuestro mundo actual, nos encontramos con que cada vez más, estamos embargados y alucinados por los beneficios de las nuevas tecnologías y las TIC, pero ignoramos sus consecuencias perversas y negativas sobre nuestra existencia. Como en Solaria, la realidad virtual y digital nos aísla y nos vuelve egoístas bajo una aparente sensación de comunicación total a través de las redes sociales. Y las jerarquías y las exclusiones se incrementan, siendo cada vez mayor la brecha entre privilegiados y excluidos. Perdemos la capacidad de movilizarnos en la calle porque todo puede hacerse desde el salón, la habitación o el cuarto de baño de nuestras casas. A los que quedan fuera del mundo digital y tecnológico se les excluye, ignora, discrimina y margina. Incluso pasan a ser potenciales amenazas sobre las que incrementar nuestras fobias por ser fuente de peligro, sospecha y recelo. Asimismo, nuestra intimidad queda desprotegida por la continua amenaza de invasión de nuestros datos personales y el control conductual de nuestro destino⁴. Cada vez más nos vamos exponiendo virtualmente al capitalismo de la vigilancia con sus repercusiones en el mundo real.

La segunda lectura guarda más relación con el medio ambiente y la Naturaleza. Releyendo este pasaje de *El sol desnudo*, me preguntaba qué sucedería si en esa sociedad excluyente que impide la entrada de

⁴ Ver ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós, 2020.

gente de fuera, viviera en unas condiciones de total respeto por la biodiversidad del planeta y en plena armonía con su Naturaleza ¿sería legítimo crear una sociedad futura en esas condiciones de inclusión para unos pocos privilegiados y de exclusión del resto de humanos? Mi respuesta es que se puede construir una sociedad racista, xenófoba, machista y antropofóbica partidaria de que la mitad o dos tercios de la Humanidad deba desaparecer, para que la otra mitad o unos pocos puedan vivir en condiciones seguras y con plenas garantías sometiendo a otros o a otras a su voluntad. Pero ¿sería eso ético y defendible desde el punto de vista sensible por los derechos humanos y por la defensa de todo lo humano en su pluralidad y diferencia? Aquí anticipo el conflicto entre una postura antro-po-elitista y otra antropocentrada no abstracta, sesgada, cerrada y discriminatoria, sino abierta, equitativamente distribuida, ubicada, personalizada e incluyente.

b) En el siguiente relato, Ivan Illich narra sus experiencias cuando visitó la casa de Gandhi, y esta historia tiene mucho que ver con la capacidad que posee el ser humano de significar el espacio en el que habita; también con el mantenimiento de las condiciones de existencia desde la sencillez, la hospitalidad, la corporalidad humana; y con su pérdida de referente en tanto protagonista y destinatario, a través de las mediaciones humanas que crea, como es el caso particular de la cultura de producción acumulativa, competitiva y consumista del capitalismo, que se convierte en algo superior y más importante que las personas y que acaba empapando por su conversión fetichista e idolátrica arriba mencionada, a toda la realidad⁵. Narra Illich que cuando estuvo en la choza donde vivió Mahatma Gandhi, tratando de absorber el espíritu de sus conceptos y empaparse de su mensaje, dos cosas le impresionaron: 1) una sobre el aspecto espiritual del lugar; y 2) otra sobre los enseres y objetos encontrados. Curiosamente y análogamente podríamos referirnos a la casa o cabaña del expresidente de Uruguay José Múgica.

En el primer caso, espiritualmente, la sencillez de la casa de Gandhi, su belleza y orden proclamaban un mensaje de amor e igualdad de todos los seres humanos. Hecha a mano y no a través de máquinas (tecno-científicamente construidas), de madera y adobe, la choza estaba construida para satisfacer las necesidades de sus habitantes, por eso, más que una casa, era un hogar, habiendo una diferencia entre ambas. Uno se sentía en ella cómodo, arropado y feliz, como un sujeto y no como un objeto.

En el segundo caso, con esta distinción entre casa y hogar, hay un matiz importante que le llamó la atención a Ivan Illich en la colocación de los objetos y los enseres. Por lo general, una casa es un lugar en el que guardamos equipajes y mobiliarios. Suele servir más para la seguridad y la conveniencia de los muebles que para las de los

⁵ Ver ILLICH, I.; «El mensaje de la choza de Gandhi», en *Ixtus*, n.º 28, año VII, 2000, pp. 9-12.

seres humanos. Los muebles de una casa no nos dan fortaleza interior, al contrario, su acumulación y nuestra excesiva obsesión por adornar bajo un ideal de belleza las habitaciones, nos hace llegar a un punto en el que nos convertimos en esclavos de la casa y de sus enseres, haciendo que nuestras vidas sean más restringidas. Curiosamente, en la medida en que perdemos la capacidad de vivir, vamos dependiendo más de los bienes que adquirimos (causados por un mercado consumista).

La casa de Gandhi no depende del mobiliario, sino que están al servicio del ser humano. Illich explica que en la choza sintió tristeza al pensar que quienes tienen más artículos y objetos domésticos son considerados criaturas superiores al resto (regulan dominando). Para gozar de la vida, no es necesario tener más. El ser humano acaba rindiéndose a la estructura inanimada de las máquinas, los adornos y los objetos. En ese proceso acumulativo y consumista, terminan por perder la elasticidad de su cuerpo y su vitalidad. Asimismo, las relaciones con la Naturaleza y con sus semejantes se quiebran, desaparecen y mueren. Es más, incluso la toma y la significación del espacio y nuestras relaciones con el entorno, no se construyen para que vivamos en función de nuestras necesidades vitales, fundamentales y necesarias, sino en función de las mediaciones y las producciones humanas que, al ser ensalzadas en los altares como dioses, nos superan y van marcando el ritmo de nuestra acción en el tiempo y en el espacio. De ello ha sacado provecho una minoría a costa de una mayoría.

El mensaje de Illich al analizar el hogar de Gandhi es que el modo de producción del capitalismo y el modo de vida que transmite al no tener límites y al aumentar sin cortapisas, está provocando un proceso de cosificación y sacrificialidad humanas al establecerse una dependencia con respecto a las máquinas y de la racionalidad científica-instrumental. El ser humano es para el mercado y el capital y no el mercado y el capital para el ser humano. A través del consumismo y la producción capitalista, se hace perder el referente humano basado en la sencillez, la solidaridad y la preocupación por la satisfacción suficiente de aquellas necesidades que nos son necesarias para tener condiciones de existencia dignas de ser vividas.

Ya nos avisó y estableció Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* y en la introducción a la *Política*, la diferencia esencial entre dos conceptos relacionados, pero de naturaleza muy diferente: economía y crematística. La primera es una actividad natural dirigida a producir los bienes con los que satisfacer las necesidades materiales de los miembros de una comunidad o sociedad. Vandana Shiva señala el vínculo del término economía con el *oikos*, la casa o el hogar, que es administrado para que quienes vivan en ella, lo hagan desde la satisfacción de sus necesidades, los valores de uso y la vida buena. La ecología alude a la

ciencia del planeta y su gestión⁶. En el mismo sentido se posiciona Franz Hinkelammert, quien se refiere como contrapartida, al concepto de crematística, entendido como aquella forma de producción destinada a adquirir mediante el comercio los bienes y servicios no producidos por la familia o por la ciudad (nación). Si bien es una actividad complementaria a la economía, acaba degenerando y pasando a tener un sentido moralmente inferior y antinatural, pues se transforma en el arte de ganar dinero y acumular riquezas ilimitadamente, en una búsqueda por obtener un beneficio pecuniario⁷. Es este modo de entender la economía el que termina por imponerse y convertirse en su contenido único y absoluto. El valor de uso se subordina al valor de cambio y al beneficio infinito. El mismo Aristóteles condenaba, por ser *contra natura*, toda actividad cuyo único propósito fuese exclusivamente la ganancia⁸.

Tanto del relato de Asimov, como del relato de Illich, quiero subrayar la necesidad de defender y reivindicar una ética comprometida por lo humano y con el circuito integrado y holístico de respeto con la Naturaleza que posibilita la existencia armónica y equilibrada de ambos. Evidentemente, no se excluyen el apoyo de la ciencia y las nuevas tecnologías, junto con el reconocimiento de otras formas de saber y conocimientos tradicionales, pero aplicados en función de y como complemento de una Humanidad incluyente, no entendida como en la Solaria egoísta e insolidaria, una especie compuesta de la totalidad de los terrícolas no excluyente, en la que todos y todas quepamos desde el respeto del medio natural y todos sus organismos y seres animales y vegetales, haciendo de nuestro planeta una casa para todos y no entendida como el privilegio de unos pocos con el malvivir de la mayoría. Tierra, Humanidad y Naturaleza no están desvinculadas, todo lo contrario, son conjuntos interdependientes, recursivos, interrelacionados, conjuntivos e integrados en entornos abiertos complementarios y dependientes que nunca se controlan, pero que precisan constantemente de modos de producción y de economías no crematísticas, ni suntuarias direccionadas con dinámicas sustentables, sostenidas y basadas en lo suficiente y lo necesario para una especie humana conformada por todos sus diversos y plurales miembros particulares, concretos, individuales, comunitarios y colectivos⁹.

Evidentemente, con lo que estoy diciendo, defiendo una posición no transhumanista en sus versiones tanto tecno-humanistas o tecno-

⁶ Ver SHIVA, V.; «Democracia de la Tierra y los derechos de la Naturaleza», en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.

⁷ Ver HINKELAMMERT, F. y Mora, H.; *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana*, San José, DEI, 2002.

⁸ En VILLASUS, J. M.; *Economía y crematística*, en <https://www.larepublica.net/noticia/economia-y-crematistica>, 2009, consulta: 1 de diciembre de 2020.

⁹ Ver KOTHARI, A. SALLEH, A. DEMARIA, F., ESCOBAR, A. y ACOSTA, A. (coordinadores); *Pluriverso: un diccionario del posdesarrollo*, Barcelona, Icaria, 2019.

posthumanista como dataístas¹⁰, ya que en todo momento reivindico la importancia del ser humano como referente axiológico. Las ciencias que concibo incluso con el nuevo paradigma de la complejidad, son ciencias con conciencias y sensibilidades por lo humano y la Naturaleza¹¹. No se trata de fetichizar e idolatrar a la ciencia y sus tecnologías NBIC (nano-bio-info-cogno), como hacen la casi totalidad de expresiones del post-humanismo¹². La ciencia y la tecnología emergente deben ser un apoyo esencial en ese clima de reconocimientos y protección de los terrestres junto con la Naturaleza.

3. VICTIMIZACIONES ENTRE HUMANOS Y DESTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA

Desde hace unos años, me vengo posicionando como una voz en la que confluyen muchas voces, principalmente procedentes del pensamiento de liberación latinoamericano, en favor de un concepto y una práctica de los derechos humanos basados y percibidos como procesos de acción y de lucha individuales y colectivos diarios, constantes, a todos los niveles, que se implementan en todo momento y en todo lugar y que se hacen y construyen (y se deshacen y se destruyen) a partir de los modos de acción y los comportamientos que la gente, día a día, desenvuelve en cada espacio social en el que se mueve. Me inclino por un multigarantismo de los derechos que se hagan efectivos en su ámbito pre-violatorio y post-violatorio a tiempo completo y en todo lugar, porque no los considero solo como instancias formales reconocidas normativa y judicialmente que se efectivizan por la acción de las instituciones estatales. Son tramas de relaciones y acciones de acompañamiento, de respeto, de apoyo, de reconocimientos mutuos, de solidaridades, de comportamientos con las que todo ser humano es reconocido como sujeto plural y diferenciado. La mayoría de ellas operan en lugares, espacios y tiempos que son anteriores a la violación de los derechos, son pre-violatorios, ya que contribuyen a que los derechos sean realidad, generando condiciones dignas de trabajo, impidiendo justificaciones mercantiles de rentabilidad especulativa en el mercado y contrarios al medio ambiente. No funcionan los derechos humanos solo y exclusivamente después de que han sido viola-

¹⁰ Ver HARARI, Y. N.; *Homo Deus*, Madrid, Debate, 2017.

¹¹ Sobre el paradigma de la complejidad y de las nuevas ciencias, ver GONZÁLEZ CASANOVA, P.; *Las nuevas ciencias y las humanidades, De la academia a la política*, Anthropos, Barcelona, 2004.

¹² Ver LLANO, F. H.; *Homo excelsior: Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; FERRY, L.; *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, Madrid, Alianza Editorial, 2017; y también ver SANLÉS OLIVARES, M.; *El transhumanismo en 100 preguntas*, Madrid, Nowtilus, 2019.

dos, aunque también haya que implementar relaciones emancipadoras en estadios post-violatorios de derechos humanos¹³.

En esta defensa multigarantista me mueven e inspiran varios criterios axiológicos. Por un lado, un fuerte compromiso ético por lo humano y por sus condiciones dignas de existencia junto con la naturaleza, en la línea trabajada por Franz Hinkelammert y Enrique Dussel, a través del criterio y del principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana¹⁴. Uno de los logros positivos de la modernidad es la toma de conciencia y la reivindicación para que se generen las condiciones con las que se luche por crear las condiciones que permitan a todo ser humano dotar de carácter y sentido (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad¹⁵. En otras palabras, que se garantice la posibilidad para que toda persona pueda reaccionar frente al entorno de relaciones en que se encuentra, a partir del propio criterio de dignidad humana que se significa y se desarrolla en cada contexto cultural, ético, social y político¹⁶. A partir de esta apuesta por lo humano, el Derecho, el Estado, las constituciones y sus poderes, los derechos humanos y su forma de conocimiento deben tornarse más afectivos y solidarios en su ejercicio, atentos a las necesidades y a las corporalidades humanas, sin excepciones y al menor grado posible de abstracciones. Todo ser humano, con nombres y apellidos, debe tener la posibilidad de construir y reconstruir mundos en todos los órdenes de la vida, a partir de su diferencia y condición plural, desde lo racial, lo socio-material, lo étnico-cultural, lo etario, lo sexual y genérico, etc.; y en todas las esferas sociales.

Por otro lado y en segundo lugar, junto con ese compromiso con lo humano plural, concreto y diferenciado, hay otro criterio-convicción complementario, que da un paso adelante e implica una mayor profundidad en el análisis práctico de la realidad, y que se abre a la capacidad de saber compartir y sensibilizarse por el sufrimiento del *homo sapiens-demens*, en las líneas trazadas por el verso libre de la Escuela de Frankfurt, Walter Benjamin. Este compromiso puede traducirse a través del denominado imperativo categórico contra las victimizacio-

¹³ Ver SÁNCHEZ RUBIO, D.; *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria, 2011; y SÁNCHEZ RUBIO, D.; *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Ciudad de México, Akal, 2018.

¹⁴ Ver DUSSEL, E.; *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998; y HINKELAMMERT, F.; *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, San José, DEI, 1995; HINKELAMMERT, F.; *El mapa del emperador*, San José, DEI, 1996; HINKELAMMERT, F.; *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*, San José, DEI, 1998; HINKELAMMERT, F.; *El grito del sujeto*, San José, DEI, 1998.

¹⁵ Ver GALLARDO, H.; *Siglo XXI, producir un mundo*, San José, Arlekin, 2006.

¹⁶ Ver HERRERA FLORES, J.; *Los derechos humanos como productos culturales*, Madrid, Catarata, 2005.

nes, propio del pensamiento crítico y de liberación, retomado por Franz Hinkelammert a partir de los planteamientos marxianos¹⁷. El hecho de echar por tierra y denunciar cualquier situación en la que cualquier ser humano sea denigrado, humillado, vejado y vilipendiado, implica una opción por quienes son producidos como víctimas (victimizados) por medio de lógicas y dinámicas de dominación, discriminación, opresión, exclusión y marginación, dando cuenta tanto analíticamente de las causas y condicionantes que las producen como contribuyendo, colaborando y participando en la generación de dinámicas, prácticas y procesos que las enfrenten. El ámbito de la reflexión acompañará las propias luchas liberadoras con sus sujetos populares que intentan des-victimizarse, ganar autoestima y empoderarse. No hay que olvidar que el origen histórico de los derechos humanos se cimenta en procesos de lucha y reivindicación frente a distintos excesos de poder.

Con el transcurso del tiempo, además de ir clarificando mis referentes axiológicos, durante mis diversos contactos con algunos de los miembros de la Red para el Constitucionalismo Democrático en Latinoamérica (RCDLA), en particular y especialmente con mi querido amigo Fernando Antonio de Carvalho Dantas y la estimada Germana de Oliveira Moraes y gracias a mi participación y colaboración en alguno de los eventos organizados por la RCDLA, fui conociendo con más detalle los logros y las conquistas recogidas en las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009), en las que, aparte de avanzar en un modo de entender la democracia más popular y participativa y declarar la plurinacionalidad de los estados, se reconocen los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas junto los derechos de la Naturaleza¹⁸. Asimismo, tuve noticias de las distintas decisiones de los Tribunales y Cortes Supremas en Ecuador, la India, Nueva Zelanda y Colombia cuyas sentencias consideran a los ríos Vilcabamba, Yamuna, Ganges,

¹⁷ El imperativo contra las victimizaciones es una traducción que hacemos de la idea expuesta por Franz Hinkelammert a partir de Marx, que consiste, por medio de un imperativo categórico crítico, en echar por tierra todas las relaciones en que el hombre sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciado a partir de la autoconciencia que adquirimos cuando el ser humano se convierte en el ser supremo para el ser humano. Ver HINKELAMMERT, F.; *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*, San José, Editorial Arlequín, 2007.

¹⁸ Ver MEDICI, A.; *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aguascalientes-San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016; VV AA; *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010; ÁVILA, R.; *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala, 2011; y ACOSTA, A. Y MARTÍNEZ, E. (compiladores); *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.

Whanganui y Atrato como sujeto de derechos¹⁹ y también conocí el Programa de Naciones Unidas sobre Armonía con la Naturaleza tras la Declaración del Día Internacional de la Madre Tierra (RES/63/278) en el año 2009, con sus sucesivas reuniones y diálogos interactivos²⁰ y el refuerzo producido por la doctrina de la *Earth Jurisprudence* o Jurisprudencia de la Tierra inspirada en los planteamientos de Thomas Barry²¹ y volcada a la defensa holística de la sabiduría y las prácticas de los pueblos indígenas protectoras de la Tierra bajo los valores de equidad, cooperación, diálogo, inclusión, comprensión, acuerdo, respeto y co-inspiración en el marco de la interdependencia entre los seres humanos y la Naturaleza²².

En este proceso de aprendizaje, fui percibiendo la necesidad de incorporar otro imperativo, el imperativo ecológico que Godofredo Stutzin reclamó en los años ochenta del siglo xx²³. De manera análoga al multigarantismo de los derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar, me he dado cuenta que simultáneamente hay que defender un multigarantismo de los derechos de la Naturaleza, asumiendo un imperativo también categórico que denuncie todo proceso en el que la Naturaleza sea destruida, cualquier situación en la que Ella con sus ríos, el agua, el aire, las montañas, los bosques, los mares, la capa de ozono sean denigrados, humillados, vejados y vilipendiados por medio de acciones eco-cidas y globalifágicas. De ahí la doble dimensión bio-sófica y eco-práctica de este humanismo antropodescentrado que apuesta por compenetración permanente entre lo humano y la Naturaleza y en un contexto global en el que la Tierra está en peligro de extinción.

En esa dirección apunta Alberto Acosta y Eduardo Gudynas cuando subrayan la simbiosis constante entre lo humano y la Naturaleza. Acosta nos pone en guardia cuando dice que destruir la Naturaleza niega las condiciones de existencia de la especie humana, atenta contra todos los terrícolas y sus derechos. E inversamente, si la Naturaleza incluye a los seres humanos, sus derechos no pueden ser vistos como aislados de ellos. Aunque distingue entre derechos ambientales, pertenecientes a la llamada tercera generación de derechos humanos, que se refieren a aquellos que proporcionan una vida sana y de calidad a los humanos, y derechos ecoló-

¹⁹ Ver DANTAS, F. A. de C., ESTUPIÑÁN, L., MARTÍNEZ DALMAU, R. y STORINI, C.; *Derechos de la Naturaleza: teoría, política y práctica*, Valencia, Pireo Editorial, 2019; y Moraes, G. de O.; *Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama*, Fortaleza, Edições UFC, 2018, pp. 87 ss.

²⁰ MORAES, G. de O.; *Op. cit.*, pp. 13-19 y 26 ss.

²¹ BARRY, T.; «Rights of the Earth: recognising the rights of all linvings tihigs, en *Resurgence*, n. 214, september/october, 2002.

²² MORAES, G. de O.; *Op. cit.*, pp. 74 y 75.

²³ MARTÍNEZ DALMAU, R.; «Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos», en *Derechos de la Naturaleza: teoría, política y práctica*, Valencia, Pireo Editorial, 2019.

gicos que son los que pertenecen a la Naturaleza, afirma la existencia, entre ambos, de una red de relaciones de vida estructural y estratégicamente vinculadas²⁴. Asimismo, tanto Gudynas como Acosta consideran que hay que aunar la lucha por la justicia social y ambiental con la justicia ecológica, sumando y complementando, el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza y su biodiversidad, con los movimientos de resistencia contra el racismo que obliga a vivir a minorías étnicas en sitios de peor calidad o de mayor impacto ambiental (indígenas, afrodescendientes, p. e.) y con las resistencias de otros grupos empobrecidos y marginados por razones socio-materiales, independientemente de la raza (comunidades de inmigrantes, latinos, p. e.)²⁵. Incluso Gudynas, comentando la Constitución ecuatoriana de 2008 y teniendo en cuenta la condición plurinacional y multicultural del Estado ecuatoriano, habla de una ciudadanía ambiental articulada y dialogada con una meta-ciudadanía ecológica que es plural, expresándose en sus distintas dimensiones culturales, éticas y ambientales que desarrollan multitud de comunidades con sus respectivos ecosistemas.

Por otra parte, Germana de Oliveira de Morais²⁶ haciendo uso del concepto de *hólon* de Kel Wilber, con el que expresa una coordinación, integralidad, unidad e interrelacionalidad entre el todo (Cosmos-Naturaleza) y las partes (seres humanos, organismos vivos, fuerzas y energías), apuesta por un principio «holonístico» que refleja el respeto del ser humano con sus diferencias culturales y espirituales en sus plurales relaciones con la Naturaleza. Germana de Oliveira resalta la afinidad existente entre las filosofías orientales (en las que incluye a las culturas indígenas latinoamericanas) con el paradigma de las nuevas ciencias y del pensamiento complejo²⁷.

Todo esto me sirve para pasar al siguiente apartado para explicar la dimensión intercultural del humanismo antropodescentrado y biocentrado que defiende.

²⁴ ACOSTA, A.; «Los derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia», en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.

Nuria Belloso habla de un derecho humano de naturaleza ambiental, *Op. cit.*, p. 167 ss.

²⁵ Ver GUDYNAS, E.; *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009, pp. 145 ss., 165-167; también ver Acosta, Alberto, *op. cit.*

²⁶ MORAES, G. de O.; *op. cit.*

²⁷ MORIN, E.; *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2001.

4. LO INTERCULTURAL DESDE LAS SOCIABILIDADES Y LO COMÚN

Para ello me voy a mover en dos niveles, uno enfocado en las relaciones y sociabilidades humanas y otro más circunscrito en lo común. Entre ambos intentaré expresar mi idea de lo intercultural a partir de las prácticas relacionales e instituyentes de los seres humanos, que expresan el pluriversalismo de confluencia de las distintas maneras de hacer, crear y significar mundos múltiples y heterogéneos²⁸. También es un intento de crear puentes que se atraviesen (interversalidad), caminos y vínculos con los proyectos de vida de los pueblos indígenas, de muchas comunidades campesinas y múltiples colectivos de carácter local, como reacción a ese dilema que me produce cuando defiendo las muchas lecciones espirituales y ambientales que nos proporcionan las culturas indígenas y las comunidades de campesinos, pero sin saber cómo responder a la forma como ellos pueden influir y sensibilizarnos a la gente que vivimos en ciudades y entornos urbanos excesivamente mediatizados por el capitalismo crematístico, consumista y de crecimiento sin fin.

4.1 Relaciones de liberación, matriciales y desde el fráter vs relaciones de dominación, patriarcales y desde el *dominus*

La cultura es un proceso continuo de reacción frente a y dentro de entornos relacionales. Lo hacemos con nosotros mismos, con nuestros semejantes y con la naturaleza animal y vegetal en contextos y espacios sociales diversos²⁹.

Asimismo, las relaciones humanas pueden desarrollarse por medio de dos dinámicas o lógicas, aunque existan otras tipologías: *a)* de emancipación y liberación; y *b)* de dominación e imperio³⁰. Su estructuración determina nuestras sociabilidades y el modo como convivimos y nos relacionamos. Por medio de ellas construimos, producimos, significamos, resignificamos, nuestros saberes, nuestras identidades, nuestras subjetividades y nuestras racionalidades³¹:

a) Las dinámicas de emancipación se establecen a través de relaciones en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos, recíprocamente y en un clima horizontal, solidario, de acompañamiento, colaborativo y de respeto. Estas lógicas permiten al ser

²⁸ Ver SÁNCHEZ RUBIO, D.; *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, cit.

²⁹ Ver HERRERA, J.; *op. cit.*

³⁰ Ver GALLARDO, H.; *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, Imprenta Francisco Gómez, 2007.

³¹ *Idem.*

humano vivir y le posibilitan la capacidad de dotar de sentido a la realidad y de hacer y deshacer mundos, en condiciones de igualdad, no violencia y de dependencias gratificantes, no entendidas como subordinación, sino como fuente de crecimientos y enriquecimientos mental, espiritual y corporal mutuos.

b) En cambio, las dinámicas o lógicas de dominación e imperio son aquellas que estructuran relaciones en las que los seres humanos son discriminados, inferiorizados, explotados, humillados, marginados y/o eliminados, siendo ninguneados o considerados objetos. En ellas, se pierde la solidaridad, el acompañamiento y la horizontalidad, y se establecen procesos hegemónicos y jerárquicos colonizadores, en los que todo es manipulable y prescindible a partir de la superioridad de unos sobre otros y sobre la naturaleza. Se potencia la desigualdad y la violencia. Los motivos pueden ser debidos a distintos modos o tipos de sujeción basados en la raza, el género, la clase social, la edad, la espiritualidad religiosa.

En otro plano, pero muy relacionado con lo anterior, el científico chileno Humberto Maturana interpreta la biología que denomina del amor y, en concreto, a la segunda de las dos dimensiones de la existencia que poseen los seres vivos: 1) la primera es su fisiología, su anatomía y estructura; 2) la segunda es su relación con los otros, su existencia como totalidad, que en los seres humanos se particulariza en el conversar, en el entrelazamiento del lenguaje y la emoción, como un vivir juntos en coordinación³². En esa red de comunicaciones y relaciones con nosotros mismos, con nuestros semejantes (o con los otros o los demás) y con la naturaleza, las culturas humanas a lo largo de la historia han desarrollado dos modelos distintos: a) uno patriarcal (que no se asocia exclusivamente a lo masculino), nacido de los grupos humanos que vivían del pastoreo, basado en la apropiación, la violencia, la guerra, el dominio y el control junto con relaciones de jerarquía; y b) otro matricial, propio de culturas recolectoras y agrícolas, más marcados por sus sentido de la cooperación, la participación, la ayuda mutua, la no violencia y por relaciones más horizontales³³. Tanto la cultura patriarcal como la matricial llegan a nuestros días manifestándose de manera distinta en cada contexto. Pero resulta que es la primera la que se ha hecho predominante y hegemónica con el sistema económico capitalista.

Asimismo, el penalista Raúl E. Zaffaroni, desde el ámbito del derecho y el saber jurídico penal, viene a coincidir con los planteamientos de los tipos de relación de dominación y emancipación de Helio Gallardo y de relaciones patriarcales y matriciales de Humberto Maturana. En su libro *La pachamama y el humano*, distingue entre un

³² MATURANA, H.; *El sentido de lo humano*, Santiago de Chile, J. C. Sáez Editores, 1991, p. 30.

³³ *Idem*, pp. 56 ss., 302, 303.

saber del *dominus* y un saber del *frater*³⁴. El primero ejemplifica el modo como Occidente entiende la apropiación narcisista y violenta de la naturaleza bajo el par sujeto/objeto y que proyecta también en el tratamiento hacia determinados seres humanos, mostrándose hipócrita y falsa. En cambio, el saber del *frater* (que se complementa con el *sóror* o hermana del pensamiento feminista y viceversa)³⁵ no es violento ni depredador, es colaborativo, respetuoso y cooperativo, con sensibilidad y conciencia ambiental y ecológica. No es tampoco competitivo y es contrario a la mercantilización de la biodiversidad y de determinados servicios y bienes esenciales para la existencia de la humanidad y la Tierra.

Por otra parte, las relaciones humanas se ordenan, canalizan y reconducen por medio de una serie de mediaciones e instituciones humanas socio-históricamente generadas. En Occidente, el Estado, el derecho, la ciencia, la idea de contrato social, la iglesia, la religión, los derechos humanos, la democracia, etc. son algunas de las producciones institucionales utilizadas, entre otras cosas, para proteger, controlar, garantizar orden y certidumbre, resolver los conflictos sociales, prevenir las amenazas, satisfacer las necesidades humanas, etc. Las instituciones se encargan de regular el conjunto de procesos relacionales que se desarrollan en un grupo social, en una comunidad o en una sociedad. La regulación puede estar imbuida de dinámicas de emancipación, matriciales o fraternas, cuando mantiene y abre espacios de reconocimientos como sujetos diferenciados a quienes participan de determinadas redes de relaciones, o puede estructurarse bajo lógicas de dominación, patriarcales o de imperio cuando permite que algunos seres humanos se comporten con otros tratándolos como objetos, apareciendo en estos casos distintas formas de humillación, abandono, desprecio y so-juzgamiento. En el siguiente apartado ahondaré un poco más en las instituciones del mercado, el Estado y la comunidad o lo común.

En función de lo que entiendo por humanismo descentrado y bio-centrado, si unimos el imperativo categórico contra cualquier proceso de victimización humana con el imperativo ecológico de denuncia cuando la Naturaleza es agredida y destruida, considero que sería fundamental recuperar, reivindicar, consolidar, convocar y potenciar todos los entornos relacionales y convivenciales que en cada cultura se desarrollan y se desenvuelven sobre tramas sociales y conjuntos de relaciones cuyas dinámicas sean matriciales, de emancipación-liberación y fraternas, potenciando y promocionando la vida frente a la muerte. En todas las culturas la vida se estructura sobre una conjunción de muchos seres y muchas fuerzas. En función de todo lo que

³⁴ ZAFFARONI, R. E.; *La pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ediciones Madres Plaza de Mayo, 2013.

³⁵ Ver LAGARDE, M.; *El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*, Ciudad de México, Instituto de las Mujeres de Ciudad de México, 2012.

vengo exponiendo, de lo que se trata es de reclamar, aglutinar y fortalecer de todas las civilizaciones, culturas y comunidades, aquellas sociabilidades, práctica de relaciones, acciones, interrelaciones, saberes, conocimientos, racionalidades, inter-subjetivaciones, conversaciones y convivencias en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos y respeten el medioambiente a partir de heterogéneos grados y niveles considerables de armonía con la Naturaleza. Cada cultura nos ofrece ejemplos de su historia donde los seres humanos junto con el hábitat natural y el medio ambiente son tratados como sujeto en su pluralidad y diferencia, siendo los seres humanos empoderados, reconocidos en su autoestima y autonomía responsable y solidaria, junto con formas económicas y de producción sostenibles, armonizadas con los entornos ecológicos y ambientales.

Del mismo modo, como contrapartida, habría que denunciar, criticar y cuestionar todos los procesos y entornos relacionales y convivenciales que en cada civilización se desarrollan y se desenvuelven sobre tramas sociales y conjuntos de interacción cuyas dinámicas sean de dominación, imperio, patriarcales y coloniales. En el pasado y en el presente, hay que enfrentar los momentos y los lugares en los que los seres humanos junto con la Naturaleza y sus organismos vivos sean considerados como objetos, dominados, humillados, excluidos, marginado, inferiorizados, subyugados y apropiados depredadoramente. Incluso hacerlo revisitando las distintas trayectorias históricas de cada cultura, acudiendo al pasado para ir aprendiendo de una memoria de reconocimientos de espacios de dignidad humana y de la Naturaleza, donde los procesos de liberación de la Humanidad y de sus entornos naturales sirvan de lecciones para nuestro presente y de cara a un futuro de esperanzas.

Partiendo de estos criterios éticos y estos objetivos de emancipación y liberación, creo que es de justicia la defensa y la protección prioritaria de los derechos humanos de todos los seres humanos, pero a partir de la centralidad de las personas victimizadas y en la línea defendida por el pensamiento de liberación, ya que, como ya dije, ellas son fuente histórica de los procesos de lucha de los derechos humanos y del valor de dignidad. Asimismo, para enfrentar la exclusión y lograr espacio de inclusión, quienes sufren injusticia y se encuentran en peores situaciones de existencia, nos interpela más a nuestro sentido de la responsabilidad. No solo eso, así se logra una mayor coherencia de lo universal que debe ser reconocido realmente, pero con el objetivo de posibilitar el empoderamiento participativo de todos y como seres autónomos, teniendo en cuenta las características de los grupos vulnerables (género, raza, etnia, clase, edad), es decir, por su condición de género (mujeres o personas *trans*),

socio-material (precariedad existencia de vida), etaria (menores) y racial (etno-cultural)³⁶.

Esta apuesta por lo humano y por la Naturaleza se puede reflejar muy bien complementando la convicción ética de Franz Hinkelammert³⁷ y que sirve de criterio de discernimiento y expresa un compromiso y una fe antropológica muy fuerte por cada ser humano con nombre y apellidos, corporal y concreto: siempre el ser humano debe ser el ser supremo para el ser humano, evitando las idolatrías y las fetichizaciones de sus propias producciones, sin dejar de estar en guardia con los mismos conceptos que se vayan elaborando sobre qué hay que entender por humano. Ahora con la Naturaleza, se ampliaría esta convicción ética referencial, de la siguiente manera: que tanto todos los seres humanos como la misma Naturaleza, sean los seres supremos para los seres humanos.

4.2 Lo intercultural desde lo común

Finalmente lo intercultural puede articularse y proponerse desde aquello que se denomina lo común y que aglutina prácticas relacionales en donde predomina la participación, la colaboración, la reciprocidad, las relaciones horizontales, los reconocimientos mutuos y la cooperación.

Karl Polanyi establece tres categorías de integración que expresan las formas que históricamente han servido para vertebrar, administrar y organizar las relaciones económicas de las sociedades y con las que se ha logrado su sustento y su reproducción. No funcionan por separado, más bien se integran en cada época de modo distinto. Son las redes de reciprocidad o de ayuda, las redes de distribución o de poder y las redes de intercambio a través de modos diversos de mercado. Cada forma de integración requiere, para su funcionamiento, de unas estructuras institucionales, de unos principios de comportamiento y de su correspondiente tipo de traslación de bienes y servicios: traslaciones gratuitas en la reciprocidad, traslaciones forzadas en la distribución y traslaciones libres en el mercado³⁸. Las principales instituciones que se han encargado de desarrollar esas maneras de gestionar y organizar, en el contexto de la cultura occidental, han sido la comunidad, el Esta-

³⁶ Ver DE LA TORRE RANGEL, J. A. (1985): *El derecho que nace del pueblo*, Aguascalientes, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes y Fideicomiso Enrique Olivares Santana, 1985; Ellacuría, Ignacio (1990) «Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares», *ECA*, 502, San Salvador, 1990; y Rosillo, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América latina*, México D. F., Ítaca, 2014.

³⁷ Ver HINKELAMMERT, F.; *Hacia una crítica de la razón mítica*, cit.

³⁸ Ver POLANYI, K.; *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1997, pp. 83 y 122; y PRIETO, C.; «Karl Polanyi: crítica del mercado, crítica de la economía», en *Política y Sociedad*, n.º 21, 1996.

do y el mercado. Curiosamente, han sido Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau los más emblemáticos representantes teóricos e ideológicos del contractualismo moderno y quienes originariamente han defendido y justificado a cada una de esas instituciones (Hobbes al Estado; Locke al mercado; y Rousseau a la comunidad)³⁹.

La reciprocidad implica relaciones de simetría, confianza y de aproximación mutua, no egoísta. La redistribución constituye una forma de integración social con ciertas dosis jerárquicas, piramidales y basadas en la centralidad, pero con pautas de reparto más o menos distributivos cimentadas en la costumbre y la ley. En cambio, el intercambio a través del mercado, con sus diferentes formas a lo largo de la historia, se caracteriza por cierta racionalidad utilitarista que se mueve por los precios de los productos y por mecanismos de oferta y demanda⁴⁰.

Antes del surgimiento del capitalismo y de su posterior colonización de la modernidad, durante el siglo XIX, el sistema económico resultaba ser una función de la organización social, es decir, el orden de la producción y de la distribución de bienes se hallaba integrado en el orden social, su lógica (económica) era dependiente de la lógica social. Por tanto, no había una actividad económica separada del resto de actividades que estructuraban la sociedad y que estuviera regulada con su particular significado por instituciones y leyes específicas⁴¹. En cambio, tras la transición del feudalismo al capitalismo, el modelo de la economía de mercado (capitalista) se desarrolla de una manera tan acentuada y hasta tal punto que su propia forma de intercambio, la autorregulación, que implica que la producción está destinada a la venta en el mercado y que los ingresos proceden, fundamentalmente, de dicho intercambio mercantil, pasa a constituirse en una actividad exclusivamente económica y suntuaria, con instituciones y comportamientos diferenciados y desmarcados del resto de instituciones y comportamientos sociales y políticos. Entre esas instituciones, principios y comportamientos, que se reclaman como propios y exclusivos de la racionalidad que guía la economía de mercado, tenemos: la propiedad privada; la relación entre individuos atomizados, solo vinculados a través de la compraventa, por medio de la oferta y la demanda; el sistema de precios como principio regulador; la obtención del máximo beneficio; la competitividad; la eficiencia; el crecimiento; etc.⁴².

El mercado capitalista pretende, entonces, convertirse en una institución separada del resto de la sociedad y del ámbito político. Pero, en la medida que su racionalidad económica tiene un claro componente o

³⁹ DE SOUSA SANTOS, B.; *Crítica a la razón indolente*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000, pp. 144 ss.

⁴⁰ UNCETA, K.; *Desarrollo, postrecimiento y Buen vivir: debates e interrogantes*, Quito, Abya Yala, 2014, pp. 178-182.

⁴¹ PRIETO, C.; *op. cit.*

⁴² POLANYI, K.; *op. cit.*, pp. 83 y 122.

tendencia colonialista omniabarcadora, no provoca que la sociedad y sus otras dimensiones (política, cultural, estética, etc.) tengan, a su vez, una existencia y un desarrollo igualmente autónomos, sino que las tiende a subordinar y reducir al punto que los procesos de movilidad y de configuración, así como la dinámica ordinaria de esos otros espacios, han llegado a estar determinados por el mismo mercado, que acaba absolutizándose. Por consiguiente, la sociedad «es gestionada en tanto auxiliar del mercado. En lugar de que la economía se vea marcada por las relaciones sociales, son las relaciones sociales las que se ven encasilladas en el interior del sistema económico»⁴³.

En este sentido, también Karl Polanyi señaló y elucidó el proceso a través del cual la economía de mercado, convertida en crematística, ha acabado ensombreciendo cualquier otra realidad, y cómo sus leyes se han convertido en el principio básico de la organización de las sociedades capitalistas. A esos efectos, el autor austro-húngaro hizo una relevante distinción entre economía sustancial y economía formal⁴⁴: *a*) la primera deriva de la dependencia humana por vivir en la Naturaleza y entre sus semejantes, para subsistir (personal y colectivamente). Además, proporciona los medios para satisfacer el impulso humano de querer *cosas* (materiales e inmateriales). El contenido común de toda actividad económica es la provisión de bienes materiales para satisfacer las necesidades humanas y para la reproducción de la sociedad. Las sociedades tienen la institución del proceso económico incrustada (*embedded economy*), envuelta en una masa de instituciones no-económicas (religiosas, políticas, etc.)⁴⁵; *b*) en cambio, la economía formal deriva de la relación entre medios y fines, en la que se parte de una situación de escasez en la elección para usar los diferentes medios disponibles⁴⁶. En este caso, las personas llegan a pensar que la economía es el centro de su existencia. Por esta razón se cree dogmáticamente en la lucha competitiva entre individuos atomizados y egoístas, obsesionados por la obtención de la mayor cantidad de beneficios. El mercado es considerado como el único medio que proporciona la felicidad, el orden armónico entre los individuos y la sociedad. Se fetichiza y se idolatriza. Todas las relaciones sociales terminan subsumidas al sistema económico que, a su vez, se autonomiza de las mismas relaciones sociales. Llegados a este punto, la economía puede aparecer desincrustada, desvinculada (*disembedded economy*) de las relaciones sociales y se convierte en última instancia de la realidad socio-histórica.

De esta forma, las sociedades modernas capitalistas toman como certezas los principios, los comportamientos y las instituciones de la

⁴³ *Idem*, pp. 104 y 105.

⁴⁴ *Idem*, p. 92; y MÁRQUEZ MUÑOZ, J. F.; «El lugar del género vernáculo», en *Ixtus. Espiritu y cultura*, n.º 28, 2000, pp. 43 ss.

⁴⁵ POLANYI, K.; *op. cit.*

⁴⁶ El postulado de la escasez supone: *a*) que los medios son escasos; *b*) que la elección de uno u otro medio se halla determinado por la escasez. Ver, PRIETO, C.; *op. cit.*

economía formal y del mercado total. El capital empuja la economía mercantil hacia la totalización del mercado. Hasta la moral se desliga de ella y pierde su normatividad, porque la economía se la apropia. La sociedad se vuelve reductivamente mercado-céntrica⁴⁷.

El propio Boaventura de Sousa Santos señala que en un contexto de privatización de lo público y de absoluta valorización del capital (principalmente en los años 70 y 80 del siglo pasado), con un proceso previo de disminución y arrinconamiento de la institución de la comunidad y las redes de relaciones gratuitas y de reciprocidades, se ha hecho hegemónico el mercado con su ideología neoliberal acaparando al Estado bajo su control y sus directrices, además de producir su debilitamiento como garante del bienestar social que la sociedad necesita. A pesar de ello, aún con el intento de dominio del mercado en todos los espacios de la existencia humana, animal y vegetal, poco a poco y como reacción se ha ido recuperando en determinados espacios la institución de la comunidad y las redes tradicionales de solidaridad. Va resurgiendo la *Gemeinschaft*, incrementándose las redes de autonomía colectiva, de autogobierno, por medio de reciprocidades y auxilios mutuos⁴⁸.

En este sentido, C. Laval y p. Dardot, van más allá, al subrayar que el dominio y el control absoluto por parte del capital sobre nuestras vidas, demanda la necesidad de buscar alternativas. Frente a un neoliberalismo como expresión de la nueva fase del capitalismo que amenaza a toda la Humanidad y a la Naturaleza y que se apoya en la expansión de una nueva subjetividad contable y una racionalidad a escala mundial con la que se está generalizando la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelos de subjetivación⁴⁹, para ambos autores, lo común sería una razón política alternativa a la razón neoliberal basada en prácticas contra-hegemónicas de resistencias y subjetivaciones horizontales y solidarias, representando la posibilidad de aglutinar las alternativas al capitalismo desde un sentido de no apropiabilidad frente a la cultura propietaria del mercado y reproducida por el Estado. Lo común sería la emergencia de una nueva forma de oponerse al capitalismo y desde la cual se sentarían las bases para crear un orden mundial construido sobre principios distintos de los de la competencia, el beneficio y la explotación a ultranza de los recursos naturales⁵⁰.

El propósito de ambos autores es que lo común, entendido como institución y como principio político más allá del Estado y del mercado en el contexto de las sociedades capitalistas, sea fruto de un acto consciente permanente realizado por múltiples actores sociales para

⁴⁷ MÁRQUEZ MUÑOZ, J. F.; cit., pp. 44 y 45.

⁴⁸ DE SOUSA SANTOS, B.; *Crítica a la razón indolente*, cit., p. 177.

⁴⁹ Ver LAVAL, C. y DARDOT, P.; *La nueva razón del mundo*, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 15.

⁵⁰ Ver LAVAL, C. y DARDOT, P.; *Común*, Barcelona, Gedisa, 2015 p. 109.

dirigirlo contra la propiedad y que precede al derecho de uso por ser hechos por instancias que instituyen lo inapropiable, creando derechos de usos que imponen límites a la propiedad privada, a través del reconocimiento de una norma social de inapropiabilidad⁵¹.

Koldo Unceta asocia lo común con la reciprocidad y podría contribuir a la cohesión social y al aumento de la confianza mutua, logrando avanzar a la desmercantilización de nuestras sociedades⁵². Las motivaciones de reivindicar y demandar lo común como nueva razón y principio político se debe a la toma de conciencia no ingenua de la capacidad que el capitalismo tiene de controlar y dominar el mundo. La gubernamentalidad neoliberal tiene como finalidad la transformación de todas las relaciones sociales y de los seres humanos con las cosas sometiendo la reproducción social junto con sus componentes (salarial, familiar, político, cultural, generacional, subjetivo, etc.) a la reproducción ampliada del capital. El cosmocapitalismo, bajo el dogma de la competitividad y la acumulación, quiere una subordinación ampliada, absoluta y profunda de todos los elementos de la vida de la población, su consumo, el ocio, los transportes, la educación, la salud, el uso del espacio y el tiempo, la reproducción social y también de las mismas bases de la vida vegetal, animal y humana⁵³. Es más, nunca ha sido tan directa la organización por el capital de la producción de conocimiento y de la vida, queriéndose meter no solo en nuestras neuronas y en nuestra mente, sino también en nuestros genes y los genes de la biodiversidad⁵⁴.

Lo común excedería toda forma de propiedad y nunca se presentaría bajo un modo de esquema universal preparado para su uso o como una fórmula de acción preestablecida que se aplica o se traspone a diversos dominios. Los sujetos hacen lo común en cada contexto y para evitar la petrificación o el anquilosamiento de su práctica, no separan, en ningún momento, la finalidad de su actividad de las relaciones que tejen entre ellos para conducir las conjuntamente, ni de las formas de reflexión, de intervención y organización que se dan entre ellos, junto con los valores y significaciones que orientan ese hacer conjunto⁵⁵.

Mi propuesta intercultural a partir de lo común y la idea de comunidad, no solo tiene como objetivo recuperar, visibilizar y demandar, sino también potenciar, fomentar, fortalecer y consolidar los modos culturales de vida humana comunal y colectiva que desarrollan y cimentan sus sistemas de organización e integración con prácticas, interrelaciones, con tramas sociales y con actuaciones que se caracterizan por articularse desde espíritus, intenciones y espacios de

⁵¹ *Idem*, pp. 459 y 460.

⁵² UNCETA, K.; *Desarrollo, postrecimiento y Buen vivir*, cit.

⁵³ LAVAL, C. y DARDOT, P.; *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁵⁴ *Idem*, pp. 257 y 258.

⁵⁵ *Idem*, pp. 512 y 513.

convivencia de colaboración, cooperación, reciprocidades, solidaridades, fraternidades y reconocimientos mutuos con desarrollos no mercantilistas desde la apropiabilidad del capital. Se trataría de hacerlo con cualquier manifestación cultural y no a todo aquello que solo se ciñe en el proyecto civilizatorio de la cultura occidental, hecho que parece expresar cierto enfoque eurocéntrico en los planteamientos de Laval y Dardot, quienes parecen olvidar la colonialidad del poder y las epistemologías del sur geográfico y simbólico. Lo común sería el eje aglutinador, de todas las expresiones culturales que enfrentan las dinámicas de imperio, patriarcales y coloniales que ponen en peligro a la Humanidad y al planeta, además de trascender la lógica tanto del mercado como del Estado que lo apoya como su mano ejecutora. *Común* o *comunes* serían entendidos como maneras diversas de confrontar la mercantilización de todas las parcelas de la vida a partir de las prácticas de no apropiabilidad y no mercantilización cooperativas, solidarias, colaborativas y respetuosas con el otro, de todas las culturas y que están a favor de unas economías de lo suficiente y no crematísticas, no especulativas y tampoco suntuarias, respetuosas con el medio ambiente⁵⁶.

En parecida línea, Koldo Unceta vincula la reciprocidad y la distribución con el buen vivir o buenos vivires de las culturas andinas y propone una coordinación entre todas como estrategias de desmercantilización, redimensionando el mercado por medio de una reducción de su centralidad que permita pasar de una sociedad *de* mercado a una sociedad *con* mercados de carácter local y redirigiéndolo desde relaciones basadas en la reciprocidad y una redistribución re-enmarcada y resignificada desde lo común⁵⁷. En esas composiciones y articulaciones de complementación y que suman, no restan, la no mercantilización de entornos, bienes y productos culturales que son esenciales para la sobrevivencia de la Humanidad y la Naturaleza (agua, biodiversidad, aires, los polos terrestres, etc.) tienen que ir acompañadas de estrategias y programas que tengan al valor de uso y no al valor de cambio como eje, objetivo y referente, así como la aplicación de políticas económicas basadas en el decrecimiento. Todo ello desarrollado con tramas y relaciones sociales que traten a todos los humanos como sujetos y no como objetos.

Como ejemplos de estas de sociabilidades horizontales y de reciprocidades arraigadas en las comunidades y en lo común, podemos señalar: a las culturas andinas kichwas y aymara que se basan en ese saber por medio del *sumak kawsay* y *el suma qamaña*, el buen vivir o vida buena

⁵⁶ Ver, LAVAL, C. y DARDOT, P.; *op. cit.*; y HARDT, M. y NEGRI, A.; *Asamblea*, Madrid, Akal, 2019; ver también CABO, C.; *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2017; y HOUTART, F.; *Ética social de la vida. Hacia el bien común de la Humanidad (Un paradigma Postcapitalista)*, IEPALA-Ruth Casa Editorial, Madrid, 2013.

⁵⁷ Ver UNCETA, K.; *Op. cit.*, pp. 186-192.

(a partir del conocimiento local del *yachay* o *unancha* que busca generar y regenerar la vida en armonía y a través de la convivencia comunal desde abajo)⁵⁸; también a aquellos pueblos africanos con el *ubuntu* cooperativo y sus derechos⁵⁹ que denomino de manera provocativa, *derechos ubuntamanos*; a la culturas *nosótricas* y comunitarias mayas⁶⁰; a la espiritualidad gandhiana de la autosuficiencia y la no violencia (*swadeshi*)⁶¹; a la *sororidad* hermana de las mujeres⁶²; el común generado en el contexto del capitalismo cognitivo que trata de reconfigurar su dominio sobre los conocimientos y las creatividades inmateriales cooperativas de la economía posfordista y basada en la oferta...⁶³

Para finalizar, si como he afirmado todos los seres humanos junto con la Naturaleza tienen que ser los seres supremos para los seres humanos, las sociabilidades, relaciones y tramas sociales de carácter matricial, emancipadoras, liberadoras y desde saberes del *frater*, tanto a nivel interno de cada cultura como a nivel externo y en las relaciones entre culturas, sería el vehículo que marque el camino de lo intercultural, sumando y aunando todas las praxis permanentes, abiertas e inacabadas de lo común, de reciprocidades, de lo cooperativo y de lo colaborativo, desde lo plural y diferenciado de la condición humana, digna de vivir y de ser vivida en armonía con la Naturaleza. En definitiva, de lo que se trata es de potenciar la pluralidad y lo diferenciado de todo proyecto de vida cultural del pasado y del presente, desde la consideración y el tratamiento respetuoso e incluyente de todo ser humano que le permita ser sujeto instituyente, significativo y creador, individual, comunitario y colectivo, de su propia realidad en armonía con la Naturaleza. Ser sujeto y no objeto en todas las parcelas identitarias: raciales, sexuales, de género, económicas, religiosas, educativas, ambientales, ecológicas, etc. Por ello, todas las culturas, en sus trayectorias históricas poseen esas sociabilidades, imaginarios, creencias y saberes solidarios, horizontales, emancipadores, ambientales y liberadores, alejados y contrarios a otras trayectorias cuyas dinámicas son de dominación, coloniales, patriarcales, mercantilizadoras y excluyentes.

⁵⁸ Ver LLASAG, R.; *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes. Pluralidad desde abajo y plurinacionalidad desde arriba*, Quito, Huaponi Ediciones, 2018; Ver también el concepto de poder obediencial en Abya Yala desarrollado en el marco de la teoría constitucional crítica por MEDICI, A.; *Otros nomos*, *Op. cit.*, pp. 166 ss.; y en el contexto maya y de la cultura mesoamericana ver DE LA TORRE DE LARA, Ó. A.; *Maíz, autonomía y territorio. Dimensión constituyente de derechos humanos en México*, Akal, Ciudad de México, 2019, pp. 339 ss.

⁵⁹ DE SOUSA SANTOS, B. y Meneses, P.; (eds.), *Conocimientos nacidos en las luchas. Construyendo las epistemologías del Sur*, Madrid, Akal, 2020.

⁶⁰ LENKERSDORF, C.; *Filosofar en clave tojolabal*, México D. F., Miguel Ángel Porrúa, 2002.

⁶¹ DE SOUSA SANTOS, B. *El fin del imperio cognitivo*, Madrid, Trotta, 2019.

⁶² LAGARDE, M.; *El feminismo en mi vida...*, *cit.*

⁶³ HARDT, M. y NEGRI, A.; *op. cit.*

Lex Artis*

Lex Artis

Por JOSÉ ANTONIO SEOANE
Universidade da Coruña

RESUMEN

La lex artis es el criterio que emplea el Derecho para determinar la corrección de la práctica médica y, por analogía, de otras profesiones o actividades. Se trata, por tanto, de un factor decisivo para concretar el alcance de los deberes, responsabilidades y derechos de los profesionales y los usuarios.

Este artículo intenta explicar el significado normativo y el funcionamiento de la lex artis, es decir, qué clase de norma es y cómo guía el ejercicio profesional. La conclusión es que la lex artis es un estándar, esto es, un tipo de norma que no exige un resultado ni indica qué se debe hacer, sino que prescribe cómo debería actuar el profesional: un ejercicio diligente, prudente y razonable que ha definirse en cada caso y en cada paciente. En otras palabras, la lex artis es un saber cómo, que confirma que el ejercicio profesional y el razonamiento médico son ejemplos de razonabilidad y sabiduría práctica.

Palabras clave: estándar, libertad profesional, prudencia, razonamiento práctico, saber cómo, Teoría de las normas.

* Este artículo es uno de los resultados de la Ayuda para grupos con potencial de crecimiento (número ED431B 2020/50) de la Xunta de Galicia.

ABSTRACT

Lex artis is the legal criterion to determine the correctness of medical practice and, by analogy, of other professions. Therefore, it is a decisive factor in defining the scope of the duties, responsibility, and rights of professionals and patients.

The paper tries to explain the normative meaning and functioning of lex artis, namely, what kind of norm it is and how it guides professional practice. The conclusion is that lex artis is a standard, that is, a type of norm that neither requires a result nor indicates what should be done, but rather prescribes how the healthcare professional should act; a diligent, prudent and reasonable practice that must be defined case by case, patient by patient. In other words, lex artis is a knowing-how, confirming that healthcare practice and medical reasoning are instances of reasonableness and practical wisdom.

Keywords: knowing-how, practical reasoning, practical wisdom, professional freedom, standard, Theory of norms.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. – 2. LA REGULACIÓN DE LA *LEX ARTIS*. 2.1 *El régimen legal*. 2.2 *La concreción jurisprudencial*. 2.3 *La respuesta deontológica*. 2.4 *Balance*. – 3. EL ALCANCE NORMATIVO: LA *LEX ARTIS* COMO ESTÁNDAR. 3.1 *Qué es la lex artis*. 3.2 *Qué no es la lex artis*. – 4. LA *LEX ARTIS* EN ACCIÓN. 4.1 *Un punto de partida técnico: las guías de práctica clínica*. 4.2 *Una especificación práctica: el juicio profesional*. – 5. LA *LEX ARTIS* Y EL RAZONAMIENTO MÉDICO. 5.1 *Un razonamiento prudencial*. 5.2 *La concreción del silogismo práctico: saber cómo*. – 6. APÉNDICE. MENOS ES SUFICIENTE: LA REDUNDANCIA DEL *AD HOC*.

SUMMARY: 1. APPROACH. – 2. THE REGULATION OF *LEX ARTIS*. 2.1 *Legislation*. 2.2 *Case Law*. 2.3 *Professional Ethics*. 2.4 *Balance*. – 3. THE NORMATIVE SCOPE: *LEX ARTIS* AS STANDARD. 3.1 *What is lex artis*. 3.2 *What is not lex artis*. – 4. *LEX ARTIS* IN ACTION. 4.1 *A technical starting point: clinical practice guidelines*. 4.2 *A practical specification: professional judgment*. – 5. *LEX ARTIS* AND MEDICAL REASONING. 5.1 *A prudential reasoning*. 5.2 *The specification of the practical syllogism: knowing how*. – 6. APPENDIX. LESS IS ENOUGH: THE REDUNDANCY OF *AD HOC*.

1. PLANTEAMIENTO

La *lex artis* es el criterio que emplea el Derecho para determinar la corrección de la práctica médica y dilucidar la responsabilidad del profesional y de la Administración por daños derivados de la actuación de los servicios sanitarios. En el orden jurídico-penal ha funcionado como elemento determinante del deber de cuidado y vía para descartar o apreciar un ilícito penal por infracción de ese deber de cuidado². En el orden jurídico-civil ha servido para acreditar la existencia de una buena práctica profesional y para fundamentar la imputación subjetiva de responsabilidad civil médica por incumplimiento de la obligación de medios o diligencia preexistente³. Y en el orden contencioso-administrativo se ha utilizado como el criterio de normalidad que delimita la corrección de la actuación sanitaria, introduciendo racionalidad y corrigiendo los excesos de la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por daños antijurídicos consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios⁴.

Bien como expresión del cumplimiento básico del deber profesional o de cuidado, bien como causa de exclusión de su responsabilidad, la *lex artis* ha sido definida de formas diversas. Unas resaltan su condición regulativa y su vínculo con la responsabilidad, aunque con excesiva dependencia del resultado: «conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo

² Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.; «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Granada, Comares, 2005, pp. 197-232; RUEDA MARTÍN, M. A.; «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *Indret*, 4, 2009, pp. 1-58; ROMEO MALANDA, S.; «Consentimiento informado y responsabilidad penal», *Julgar*, número especial *Consentimiento informado*, 2014, pp. 183-205.

³ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, segunda edición, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 55 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C. I.; «Responsabilidad civil médica», en Reglero Campos, L. F. y Busto Lago, J. M. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil* tomo II, quinta edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, pp. 321-438, 361-364; BUSTO LAGO, J. M.; «Consentimiento informado y responsabilidad civil», *Julgar*, número especial *Consentimiento informado*, 2014, pp. 157-182, 180-181; GALÁN CORTÉS, J. C.; *Responsabilidad civil médica*, sexta edición, Madrid, Civitas/Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

⁴ Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, A Coruña, Colex, 2021; GARCÍA RUBIO, F. y FUENTES I GASÓ, J. R.; *La responsabilidad de las Administraciones públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, Barcelona, Atelier, 2017; PANES CORBELLE, L. A.; «Responsabilidad patrimonial de los servicios de salud», en Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dir.); Larios Risco, D., González García, L. y Montalvo Jääskeläinen, F. de (coord.), *Tratado de Derecho sanitario, volumen II*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters. Aranzadi, 2013, pp. 71-98.

de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación»⁵. Otras, más sintéticas y orientadas a la praxis, reflejan la transformación contemporánea de las relaciones clínicas: «el conjunto de conocimientos científico-técnicos y también de comportamientos éticos, que el sujeto debe aplicar en el campo de su ejercicio profesional»⁶.

Con todo, la definición más influyente ha precedido a las anteriores acuñando y propagando otra expresión, «*lex artis ad hoc*», para referirse al «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)»⁷.

Este artículo no pretende ofrecer una nueva definición, que en todo caso debería incorporar la dimensión propiamente jurídica junto a los comportamientos o reglas de contenido ético y los conocimientos científicos y técnicos. Si la *lex artis* es la expresión jurídica de la buena práctica clínica, en lugar de explorar la perspectiva conceptual, que muestra una imagen más abstracta, teórica y fija de la *lex artis*, intentaré explicar cómo funciona. Estudiaré, por tanto, su dimensión práctica, en concreto, cuál es su influencia normativa en el ejercicio profesional y cómo condiciona y guía la actuación de los profesionales.

Tras definir (1) mi planteamiento, sistematizaré (2) el marco regulador, articulado en tres niveles: legislativo, jurisprudencial y deonto-

⁵ OROZCO PARDO, G.; «La aplicación del concepto de “lex artis” al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica», en Moreno Quesada, B., Albiez Dohrmann, K. J. y Pérez-Serrabona González, J. L. (ed.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, Universidad de Granada, 1993, pp. 511-561, 522-523.

⁶ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.; *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada, Comares, 2009, p. 34.

⁷ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.; «Especial estudio de la denominada “lex artis ad hoc” en la función médica», en *Derecho médico. Volumen primero. Derecho médico general y especial*, Martínez-Calcerrada, L. (dir.), Martínez-Calcerrada, J. M. (coord.), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 186-199, 188, reproducida después en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS) desde la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) Sala de lo Civil de 11 de marzo de 1991, fundamento jurídico (FJ) 3 [RJ\1991\2209], de la que fue ponente este autor.

lógico. Después reflexionaré sobre esta regulación y definiré el alcance normativo de la *lex artis*, exponiendo (3) qué clase de norma es – y qué clase de norma no es– y cuáles son sus características, (4) cómo opera en la práctica y (5) qué tipo de razonamiento exige. A modo de apéndice, finalizaré con (6) una breve precisión conceptual.

Varias razones sustentan la relevancia y el interés de esta perspectiva. En primer lugar, revalida la condición del Derecho como práctica social. En segundo lugar, subraya la importancia de la dimensión relacional y conduce a una relación jurídica y clínica personalizada, que se ajusta a las necesidades de cada paciente y las aptitudes de cada profesional y define sus posiciones jurídicas. En tercer lugar, muestra las características del ejercicio profesional, que exige armonizar una base científica de carácter falsable y no apodíctica con la inexcusable dimensión ética de la autonomía, del paciente y del profesional, y la justicia en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes⁸. En cuarto lugar, refleja un modo prudencial de decidir y actuar, que es el propio de la Medicina y del Derecho. En quinto y último lugar, acoge una definición social de la profesión, no privativa ni exclusiva de los médicos, evitando la tentación de la autorregulación.

La *lex artis* se presenta como la credencial jurídica de la profesionalidad, y por ello importa estudiar de qué modo su naturaleza normativa fortalece esta profesionalidad y el respeto de la persona y sus derechos. Además, en cuanto manifestación de la Filosofía práctica, contribuye al desarrollo de las virtudes profesionales y explica cómo el razonamiento deliberativo y prudencial promueve una concepción del buen profesional o del profesional virtuoso.

Una advertencia preliminar. Aunque me refiero a la Medicina, estos argumentos pueden aplicarse por analogía a otras profesiones del ámbito sanitario y de la intervención social, e incluso de otras ramas y actividades⁹. Valga como ejemplo otra profesión genuinamente deliberativa y prudencial, la abogacía: «En el caso de la defensa judicial estos deberes [profesionales] se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso»¹⁰.

⁸ Cfr. posiciones semejantes desde la perspectiva de la práctica clínica y la perspectiva ética en Saeger, H.-D.; «Standards in der Medizin-Die medizinisch wissenschaftliche und praktisch ärztliche Perspektive», en Jansen, C., Katzenmeier, C. y Woopen, C. (Hrsg.), *Medizin und Standard. Verwerfungen und Perspektiven*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2020, pp. 27-36, 35-36, y WOOPEN, C.; «Medizin und Standard-Ethische Überlegungen», en Jansen, C., Katzenmeier, C. y Woopen, C. (Hrsg.), *Op. cit.*, pp. 119-130, 123-130.

⁹ Cfr. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de; «Criterios o pautas, estándares de conducta: buen padre de familia/persona razonable/lex artis», en García Rubio, M. P. y Moreso, J. J. (dir.); Varela Castro, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus, 2020, pp. 455-479, 461.

¹⁰ STS Sala de lo Civil 462/2010, de 14 de julio, FJ 24 [RJ\2010\6045]. Más recientemente, STS Sala de lo Civil 331/2019, de 10 de junio, FJ 2 [RJ\2019\2442].

2. LA REGULACIÓN DE LA *LEX ARTIS*

La regulación de la *lex artis* se ordena en tres apartados. En primer término, las disposiciones legales, que afirman la libertad de decisión y actuación de los profesionales junto con sus deberes básicos de actuación, tanto de índole técnica y científica como de respeto de la autonomía y derechos de los pacientes y de un uso racional de los recursos disponibles. A continuación, como el significado jurídico de la *lex artis* se determina *ad casum*, se analiza su tratamiento jurisprudencial, que ofrece una respuesta dinámica y concreta de sus rasgos. Finalmente, el panorama normativo se completa con la respuesta deontológica, que precisa los deberes y la libertad de los profesionales a la luz de los fines de su profesión.

2.1 El régimen legal

1. Una referencia general que enmarca nuestro tema se encuentra en el artículo 88 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), que reconoce la libertad profesional de la actividad sanitaria privada¹¹. Este reconocimiento debe vincularse a lo dispuesto en los artículos 84 a 87 LGS para el sistema sanitario público, desarrollado y actualizado mediante la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (EM), junto con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS).

2. Una mención más relevante aparece en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina: CDHB), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y vigente en España desde el 1 de enero de 2000, una suerte de Constitución biojurídica que brinda una respuesta general en su artículo 4, referido a las obligaciones profesionales y normas de conducta¹².

El significado del artículo 4 CDHB se ilumina con el Informe explicativo del Convenio (apartados 28-33), donde se afirma que la intervención profesional debe juzgarse a partir de un trasfondo compuesto por normas jurídicas, deontológicas y de ética profesional (apartados 30 y 31). A pesar de la variedad de países y de épocas, existe un significado común de los principios generales que conduce a una actuación diligente y competente que atienda a las necesidades

¹¹ Artículo 88 LGS: «Se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 de la Constitución».

¹² Artículo 4 CDHB: «Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso».

de cada paciente, siendo la tarea esencial del profesional no solo curar, sino también aliviar el dolor y promover la salud y el bienestar psicológico del paciente (apartados 31 y 32).

La competencia de los profesionales se determina básicamente según el conocimiento científico y la experiencia clínica propios de cada profesión o especialidad en un determinado momento. Este estado actual del arte determina el criterio estándar que se debe esperar de la actuación de un profesional sanitario, siendo conscientes de que ese criterio o *lex artis* evoluciona y cambia en paralelo al progreso y a los nuevos avances de la medicina (apartado 32).

Con todo, dichos estándares profesionales no prescriben una línea de acción como la única posible, pues la práctica médica reconocida permite de hecho varias formas posibles de intervención, dejando al profesional cierta libertad de elección de métodos y técnicas (apartados 32 y 33). Por tanto, cada actuación debe juzgarse a la luz del problema de salud específico del paciente concreto y debe garantizar la proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados (apartado 33).

3. La traducción legislativa española del CDHB a nivel estatal fue la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP), actualizando el catálogo de derechos de los pacientes, especialmente del artículo 10 de la LGS. Su precepto más interesante a nuestros efectos es el artículo 2.6 LBAP, un epítome legislativo de la *lex artis* en el ordenamiento biojurídico español¹³.

Esta obligación, aplicable a todos los centros y servicios sanitarios, públicos y privados (art. 1 LBAP), debe ponerse en relación con los artículos de la Ley que regulan los mencionados deberes de información asistencial (principalmente los artículos 2, 4, 5 y 10 LBAP), documentación clínica (arts. 2, 7, 15-19 y también 20-21 LBAP) y respeto de las decisiones libres y voluntarias del paciente (arts. 2 y 8-11 LBAP).

4. La mencionada Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS), regula con detalle el ejercicio profesional, por cuenta propia y ajena, tanto en el ámbito de los servicios sanitarios públicos como en el de la sanidad privada (art. 1 LOPS).

Tras reconocer el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias (art. 4.1 LOPS) al amparo de los artículos 35 y 36 de la Constitución (CE), enuncia los requisitos de dicho ejercicio en dos

¹³ Artículo 2.6 LBAP: «Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente».

principios generales. En primer lugar, de modo análogo al artículo 4 CDHB, delimita el contexto normativo en el artículo 4.5 LOPS¹⁴.

Continúa especificando en el artículo 4.7 LOPS las condiciones de la autonomía técnica y científica de los profesionales –reiterada después para el ámbito de la sanidad privada en el artículo 40.3.b) LOPS–, con sujeción a diversos sistemas normativos¹⁵.

Después, además de la indicación general de las funciones y actividades propias de cada profesión sanitaria (arts. 6 y 7, en relación con los artículos 2 y 3 LOPS), el artículo 5.1 LOPS enuncia los principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos¹⁶.

Finalmente, debe mencionarse la relevancia de la actualización permanente de los conocimientos de los profesionales, configurada como un derecho y un deber (art. 12.f) LOPS), que se materializa

¹⁴ Artículo 4.5 LOPS: «Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normopraxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión».

¹⁵ Artículo 4.7 LOPS: «El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

a) Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales.

b) Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar.

[...].».

¹⁶ Artículo 5.1 LOPS: «*a)* Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables.

b) Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.

c) Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquellos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones».

mediante la formación continuada (arts. 33-36 LOPS), entre cuyos objetivos destacan tres mencionados en el artículo 33.2 LOPS¹⁷.

5. Con una orientación sistémica, el artículo 59.2.c) de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud juzga favorablemente el uso de guías de práctica clínica y de práctica asistencial en el ejercicio de la autonomía técnica y científica por parte de los profesionales y las vincula con la mejora de la calidad¹⁸.

6. El recorrido legislativo se completa con la extensa nómina de deberes profesionales del artículo 19 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (EM). Junto a los deberes de respeto de la autonomía y los derechos de los pacientes y a los referidos al trabajo en equipo y en el seno de una institución o centro, sobresalen dos dirigidos a la práctica profesional¹⁹.

2.2 La concreción jurisprudencial

El tratamiento jurisprudencial de la *lex artis* complementa la respuesta legislativa en un doble sentido. De una parte, presenta de forma individualizada sus rasgos y permite articular una noción más precisa. De otra, refleja la transición de una concepción técnica a otra más amplia enriquecida con elementos éticos y jurídicos –derechos–, en paralelo a los cambios legislativos, doctrinales y profesionales.

1. Para determinar si la actuación de un profesional ha sido cuidada y correcta no se emplea un criterio ordinario, propio de la persona normalmente diligente, sino un criterio técnico, más exigente y

¹⁷ Artículo 33.2 LOPS: «Son objetivos de la formación continuada: [...]

b) Potenciar la capacidad de los profesionales para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos sanitarios en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse.

c) Generalizar el conocimiento, por parte de los profesionales, de los aspectos científicos, técnicos, éticos, legales, sociales y económicos del sistema sanitario.

d) Mejorar en los propios profesionales la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de atención de salud y de las exigencias éticas que ello comporta.
[...].»

¹⁸ Artículo 59.2.c) LCCSNS: «La infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud estará constituida por los elementos siguientes: [...] c) Guías de práctica clínica y guías de práctica asistencial, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud.»

¹⁹ Art. 19. EM: «El personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a: [...]

b) Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables.
[...]

k) Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas.»

relativo al buen profesional del ramo o a la diligencia del buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica desde la óptica del estado actual de la ciencia²⁰. En este contexto, «criterio técnico» equivale a criterio especializado o profesional. Por ello, la *lex artis* no es el criterio extraordinario en su ámbito, sino el ordinario, normal o general de la profesión o especialidad.

«La actuación médica exige un deber de diligencia superior al común o al del buen padre de familia; mayor grado de diligencia que es correlativo a la formación y preparación de quien ejerce la profesión médica al tiempo que se justifica por el destinatario de la actividad, el ser humano, y por su objeto y finalidad, la preservación de la salud, el tratamiento y la prevención de la enfermedad y del dolor»²¹.

2. La *lex artis* impone una obligación de actividad o de medios. Es una obligación de diligencia que se cumple con la realización adecuada de la actividad que constituye su objeto, aunque no venga acompañada de la curación.

«Cuando el médico realiza un acto profesional, se obliga a emplear la diligencia adecuada y no garantiza el acto terapéutico – la sanidad del enfermo –, utilizando cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas, en relación con un enfermo concreto»²².

3. Por consiguiente, la curación no forma parte del contenido de la obligación, pues permanece fuera del alcance del profesional. No se exige un resultado concreto, que no se puede garantizar²³, sino la práctica diligente encaminada al fin o resultado propios. Cuando el médico actúa con la diligencia exigible con arreglo a las normas de la praxis médica, no le es imputable el fracaso²⁴.

«La prestación asistencial presenta, pues, y ante todo, un marcado carácter técnico, tratándose de una actividad regulada por las reglas del arte de la profesión, la *lex artis ad hoc*; [...] se configura como una prestación de medios, no de resultado, que se encamina a la consecución de un fin, la curación del paciente, del cual, en cambio, no responde el facultativo, sino que lo hace exclusivamente de la conveniente y oportuna utilización de los conocimientos y técnicas adecuadas para el logro de dicha finalidad»²⁵.

²⁰ Cfr. SSTS Sala de lo Civil 508/2008, de 10 de junio [RJ\2008\4246]; 464/2007, de 7 de mayo, antecedente de hecho 4 [RJ\2007\3553].

²¹ STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

²² STS Sala de lo Civil 464/2007, de 7 mayo [RJ\2007\3553].

²³ Cfr. SSTS Sala de lo Civil 778/2009, de 20 de noviembre, FJ 2 [RJ\2010\138]; 230/2014, de 7 de mayo, FJ 2 [RJ\2014\2477].

²⁴ Cfr. STS Sala de lo Civil 1/2011, de 20 de enero, FJ 2 [RJ\2011\299].

²⁵ STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

4. La exigencia de una obligación de medios o de actividad diligente y la exclusión del resultado del contenido de dicha obligación es aplicable tanto a la denominada medicina curativa o necesaria como a la medicina satisfactiva, no necesaria o voluntaria. Esta tampoco comporta por sí la garantía de un resultado, aunque sí una obligación de informar reforzada y más rigurosa respecto de los riesgos para que el interesado pueda decidir si consiente o desiste de la intervención²⁶.

«La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo»²⁷.

5. La exigencia de una prestación diligente y suficiente de medios y la exclusión del aseguramiento de un resultado positivo o curativo definen también la obligación de la Administración y su eventual responsabilidad derivada de un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios²⁸.

«[F]rente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que esta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles»²⁹.

6. En consecuencia, la existencia de un resultado lesivo tampoco es suficiente para apreciar *simpliciter* la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. La *lex artis*, en cuanto criterio que expresa la corrección de la actuación profesional, modula el

²⁶ Cfr. STS Sala de lo Civil 250/2016, de 13 de abril, FJ 2 [RJ\2016\1495].

²⁷ STS Sala de lo Civil 1/2011, de 20 de enero, FJ 3 [RJ\2011\299].

²⁸ Cfr. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 92/2021, de 28 de enero, FJ 4 [RJ\2021\563].

²⁹ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de 2012, FJ 2 [RJ\2012\9798].

supuesto carácter objetivo de dicha responsabilidad e introduce razonabilidad en su apreciación³⁰.

«Cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido. La ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados»³¹.

7. El juicio sobre la buena praxis es un juicio aplicado, contextualizado y personalizado, que toma como referencia no solo los conocimientos científicos y las técnicas previstas para la patología en cuestión, sino su puesta en práctica de forma cuidadosa y precisa de acuerdo con las circunstancias de cada intervención³².

«La *lex artis ad hoc*, sin embargo, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias»³³.

8. El contenido de la *lex artis* no consiste únicamente en una conducta científica y técnicamente correcta³⁴, sino que exige tomar en consideración las obligaciones de información, documentación y respeto de las decisiones del paciente, vinculadas a su autonomía³⁵.

«La cuestión de la determinación y delimitación del contenido de los deberes profesionales del personal facultativo, y si entre las

³⁰ Cfr. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de mayo de 2015, FJ 5 [RJ\2015\2448].

³¹ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de diciembre de 2012, FJ 7 [RJ\2013\1165].

³² Cfr. STS Sala de lo Civil 1342/2006, de 18 de diciembre, FJ 2 [RJ\2006\9172].

³³ STS Sala de lo Civil 495/2006, de 23 de mayo, FJ 3 [RJ\2006\3535].

³⁴ Cfr. STS Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1991, FJ 3 [RJ\1991\2209].

³⁵ Cfr. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, 140/2021 de 4 de febrero, FJ 5 [RJ\2021\721].

reglas que conforman la *lex artis*, y junto con las de estricto carácter técnico, se encuentran otras de contenido moral, reglas de conducta y comportamiento que trascienden el plano científico para situarse en la esfera del *ethos*, y que se resumen en la actitud del médico en el desarrollo su actividad ante la enfermedad y el dolor del paciente, integrando junto con aquellas el deber de diligencia exigible en la adecuada praxis médica»³⁶.

9. La jurisprudencia ha acogido la dimensión ética a través de la incorporación del deber de información³⁷; de la información y el correlativo consentimiento como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*³⁸; del deber de obtención del consentimiento informado³⁹, cuya omisión constituye por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, al lesionar el derecho de autodeterminación del paciente⁴⁰; o del deber de obtención del consentimiento informado y de respeto de la confidencialidad⁴¹.

«El consentimiento informado es de esa forma presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo [RJ 2003, 3916]; 23 de julio de 2003 [RJ 2003, 5462]; 21 de diciembre 2005 [RJ 2005, 10149]), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad»⁴².

10. La inclusión de la dimensión ética ha ensanchado y actualizado el significado de la dimensión técnica de la *lex artis* con la referencia a la limitación del esfuerzo terapéutico, el deber de no abandono del paciente o el uso racional de los recursos.

«Así, las reglas de orden moral que se incorporan a la prestación asistencial se reflejan en el deber de obtener del paciente el consentimiento informado, en la confidencialidad en la práctica clínica, en

³⁶ STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

³⁷ Cfr. SSTS Sala de lo Civil 394/1994, de 25 de abril, FJ 3 [RJ\1994\3073]; 830/1997, de 2 de octubre, FJ 1 [RJ\1997\7405].

³⁸ Cfr. SSTS Sala de lo Civil 478/2009, de 30 de junio, FJ 3 [RJ\2009\4323]; 1/2011, de 20 de enero, FJ 3 [RJ\2011\299]; 483/2015, de 8 de septiembre, FJ 3 [RJ\2015\3712].

³⁹ Cfr. STS Sala de lo Civil 1132/2006, de 15 de noviembre, FJ 2 [RJ\2006\8559].

⁴⁰ Cfr. SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de enero de 2007 [RJ\2007\1220]; de 1 de febrero de 2008 [RJ\2008\1349]; de 22 de octubre de 2009 [RJ\2009\7632]; de 25 de marzo de 2010 [RJ\2010\4544]; de 2 de noviembre de 2011 [2012\1727]; de 24 de abril de 2012 [RJ\2012\6232]; de 22 de junio de 2012 [RJ\2012\8440]; de 2 de octubre de 2012 [RJ\2012\9270]; de 13 de noviembre de 2012 [RJ\2013\1659]; de 4 de febrero de 2021 [RJ\2021\721].

⁴¹ Cfr. STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

⁴² STS Sala de lo Civil 1132/2006, de 15 de noviembre, FJ 2 [RJ\2006\8059].

las limitaciones al esfuerzo terapéutico, en el deber de no abandonar al paciente y al uso racional de los recursos.»⁴³.

11. La incorporación de los contenidos éticos –y deontológicos– que completan el contenido de la *lex artis* no impide diferenciar los niveles de exigencia de la esfera ética –y deontológica– y de la esfera jurídica, con los ajustes derivados de la evolución legislativa en materia de derechos de los pacientes y usuarios.

«[E]sta incorporación de los deberes éticos, en forma de principios jurídicos, al deber asistencial de los facultativos no permite considerar que tengan per se autonomía para constituir deberes jurídicos exigibles aisladamente del deber profesional en que se integran. [...] En cambio, no le es exigible al médico un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, [...] le imponga conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímicamente o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual; tales comportamientos no derivan de la *lex artis ad hoc* ni se enmarcan en la esfera de los deberes profesionales y de la responsabilidad de este carácter, sino que se sitúan de manera decidida en la esfera moral, en cuyo ámbito han de ser valorados»⁴⁴.

12. La paulatina incorporación del respeto del consentimiento informado y los derechos de los pacientes al contenido de la *lex artis* ha tenido consecuencias a nivel iusfundamental, incrementando la relevancia jurídica de respetarlos como garantía de buena praxis profesional.

«En todas estas normas [CDHB y LBAP], sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que, básicamente, reflejan una doble garantía para aquel y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho. Así pues, desde la perspectiva de los facultativos esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que, también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional»⁴⁵.

⁴³ STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

⁴⁴ STS Sala de lo Civil 1267/2006, de 5 de diciembre, FJ 3 [RJ\2007\232].

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, FJ 7 [BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011].

2.3 La respuesta deontológica

La apelación a la Deontología médica se justifica en su condición de inspiración y guía ética de la conducta profesional del médico (art. 1 del Código de Deontología médica. Guía de Ética Médica de la Organización Médica Colegial de España, 2011: CDM). Como tal, junto a los deberes de respeto de la dignidad, la autonomía y los derechos de los pacientes (en general, artículos 5.1, 8-20 y 27-31 CDM) y a los que subrayan la dimensión ética de la buena práctica a nivel individual e institucional, el Código incluye otros que expresan la libertad de ejercicio profesional, como el artículo 23.1 CDM⁴⁶ y el artículo 46.2 CDM⁴⁷.

Dicha libertad, orientada a la realización de los fines propios de la profesión, debe estar basada en un conocimiento científico actualizado (arts. 21.1⁴⁸, 26.1⁴⁹ y 46.1⁵⁰ CDM) y debe garantizar una atención de calidad, eficaz, eficiente y equitativa (arts. 7.2⁵¹, 7.4⁵², 7.5⁵³ y 45.1⁵⁴ CDM).

2.4 Balance

La regulación jurídica de la *lex artis* refleja la transformación de la relación clínica y la adaptación del ordenamiento jurídico a dicho

⁴⁶ Artículo 23.1 CDM: «El médico debe disponer de libertad de prescripción [que es el corolario del acto médico: artículo 23.6 CDM], respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad».

⁴⁷ Artículo 46.2 CDM: «Las normas de la institución respetarán la libertad profesional del médico y señalarán que este ejerce, en el área de su competencia, una actividad efectiva sobre el personal colaborador».

⁴⁸ Artículo 21.1 CDM: «El médico tiene el deber de prestar a todos los pacientes una atención médica de calidad humana y científica».

⁴⁹ Artículo 26.1 CDM: «El médico debe emplear preferentemente procedimientos y prescribir fármacos cuya eficacia se haya demostrado científicamente.»

⁵⁰ Artículo 46.1 CDM: «Para conseguir y mantener la calidad profesional la asistencia debe complementarse con la formación continuada [...]».

⁵¹ Artículo 7.2 CDM: «El médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica, principal instrumento para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud».

⁵² Artículo 7.4 CDM: «El médico ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la comunidad. Está obligado a procurar la mayor eficacia de su trabajo y el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición».

⁵³ Artículo 7.5 CDM: «Siendo el sistema sanitario el instrumento principal de la sociedad para la atención y promoción de la salud, los médicos han de velar para que en él se den los requisitos de calidad, suficiencia asistencial y mantenimiento de los principios éticos».

⁵⁴ Artículo 45.1 CDM: «El médico que presta su servicio en el Sistema Nacional de Salud ha de velar y contribuir para que en él se den los requisitos de calidad, suficiencia y cumplimiento de los principios éticos».

cambio⁵⁵. Su alcance normativo se concreta en cada caso, evaluando el cumplimiento de exigencias de naturaleza técnica, ética y jurídica. Se trata de un criterio variable, que debe atender a la diversidad individual y a la evolución del estado de la ciencia –y, añadido, de los valores y deberes éticos y los derechos–. Es, además, un criterio abierto, que no impone un concreto camino, sino que se encomienda a la elección prudencial del profesional entre varias opciones adecuadas a la luz de la situación.

El desarrollo legislativo ha subrayado la importancia de la libertad profesional, orientada por los protocolos y las guías de práctica clínica. Esta autonomía científica y técnica se dirige a la prestación de una atención sanitaria segura y de calidad que incluye el deber de respeto de la dignidad, libertad y derechos de los pacientes y el deber de un uso equitativo y eficiente de los medios y recursos a su disposición. La respuesta deontológica parte también del reconocimiento de la libertad profesional, basada en un conocimiento científico actualizado.

La jurisprudencia ha confirmado y completado estas características de la *lex artis*. La intervención profesional debe contextualizarse, individualizarse y ser enjuiciada con criterios especializados que promuevan la realización diligente de la actividad, no la obtención de un resultado. Dicha conducta debe ser correcta no solo desde el punto de vista técnico y científico, sino que debe ir más allá, para satisfacer también las obligaciones de información, consentimiento, confidencialidad, eficacia y calidad expresadas ética, deontológica y jurídicamente.

3. EL ALCANCE NORMATIVO: LA *LEX ARTIS* COMO ESTÁNDAR

La legislación, la jurisprudencia y el Código deontológico demuestran el carácter normativo e imperativo de la *lex artis*, que guía la conducta de los profesionales de forma obligatoria, y no opcional. No se limita a describir cómo es el actuar correcto de un profesional, sino que prescribe cómo debe ser la conducta de los profesionales, y lo hace de modo imperativo (*ius cogens*): cumplirla no se deja a la voluntad del destinatario, sino que todo profesional queda sujeto a ella, siendo su elusión causa fundada de responsabilidad profesional⁵⁶.

Para detallar el alcance normativo de la *lex artis* y el tipo de razonamiento que exige, expondré en primer lugar qué clase de norma es y cuáles son sus características, descartando a continuación otras

⁵⁵ Cfr. SEOANE, J. A.; «La relación clínica del siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas», *Derecho y Salud*, 16/1, 2008, pp. 1-28.

⁵⁶ Cfr. OROZCO; *Op. cit.*, pp. 517 ss., 532.

opciones, señalando qué no es. En ambos casos acompañaré mi propuesta y mis descartes con las correspondientes razones justificativas.

3.1 Qué es la *lex artis*

La *lex artis* es un estándar, una clase de norma que establece un modelo de conducta prescrito por el Derecho que debe seguir el profesional. No es una norma general explícita que parece clara, segura y cierta, sino una pauta variable que exige una nueva valoración caso a caso⁵⁷ y que se vincula a la noción de normas implícitas en prácticas⁵⁸. Como estándar, desempeña una función directiva, conforme a la cual rechaza inicialmente los comportamientos que no se corresponden al patrón o criterio de conducta establecido⁵⁹, e implica una idea de acción debida y correcta que es resultado de un juicio crítico⁶⁰ del profesional consistente en ajustar su actuación a las circunstancias concretas para definir y cumplir de forma adecuada su deber.

El estándar no prescribe *qué* se debe hacer, sino *cómo* se debería actuar para hacer aquello que estamos llamados a hacer. En lugar de una conducta específica, el estándar define un modo de conducta, que consiste en un ejercicio profesional diligente, prudente y razonable. Se trata de una conducta obligatoria cuyo alcance normativo no se conoce antes de la actuación individual⁶¹, y que únicamente se puede confirmar *ex post facto*, pues el estándar solo recibe contenido definitivo cuando se analiza el escenario de aplicación en el caso concreto⁶².

No hay que confundir el carácter obligatorio (qué hace) del estándar con su modo de obligar (cómo obliga). La indeterminación *a priori* y la supuesta falta de certeza o precisión de la *lex artis* no reducen su obligatoriedad; simplemente, obliga al profesional de otra manera.

⁵⁷ Cfr. HART, H. L. A.: *El concepto de derecho* (1961), traducción de G. R. Carrió (1963), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición (reimpresión), 1995, pp. 156-157, 162-165 y 168-169.

⁵⁸ Cfr. BRANDOM, R. B.: *Hacerlo explícito. Razonamiento, representación y compromiso discursivo* (1994), traducción de A. Ackermann Pilári y J. Rosselló, Barcelona, Herder, 2005, pp. 56-123.

⁵⁹ Cfr. STRACHE, K-H.: *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 94-96.

⁶⁰ Cfr. PATTARO, E.: «Ethical aspects of the concept of legal standard», en Krawietz, W., McCormick, N. y Wright, G. H. von (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift für Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 177-185, 180, 183.

⁶¹ Cfr. KAPLOW, L.: «Rules versus standards: an economic analysis», *Duke Law Journal*, 42/3, 1992, pp. 557-629, 560.

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 616; LIFANTE VIDAL, I.: «Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho», en García Rubio, M. P.; y Moreso, J. J. (dir.); Varela Castro, I. (coord.), *Op. cit.*, pp. 565-582, en concreto 565, 569 y 575.

Al no consistir en una regla fija aplicable de forma mecánica⁶³, no admite la subsunción⁶⁴ y exige un cumplimiento o seguimiento individuales a través de un juicio prudencial y siempre *ad hoc*. El deber de responsabilidad propio del rol profesional del médico se acompaña de un poder discrecional para seleccionar cuál es el mejor modo de cumplimiento⁶⁵. Por ello, la imperatividad de la *lex artis* requiere el ejercicio de la libertad de actuación del profesional para elegir entre diversas opciones y determinar la decisión y el curso de acción adecuados.

3.2 Qué no es la *lex artis*

La *lex artis* no es una mera *instrucción* o norma técnica que señala los medios para alcanzar un fin determinado⁶⁶ y brinda orientaciones para el logro de una tarea⁶⁷, aunque sea de modo opcional, esto es, aplicable solo si el profesional médico quiere tener éxito en su intervención o tratamiento, midiendo su validez y corrección a través de su eficacia. Tampoco es un *hábito*, o conducta uniforme seguida frecuentemente pero no erigida como patrón de conducta correcto ni obligatorio. Asimismo, es algo más que un *uso*, o forma típica de comportamiento que se mantiene constante y vigente durante largo tiempo, y que solo adquiriría carácter normativo si fuese exigido de forma vinculante por la comunidad en la que aparece. No debe confundirse tampoco con una *costumbre*, que sí implica la idea de deber y acción correcta, pero de modo más uniforme y rígido que el estándar, y que ejerce cierta presión normativa⁶⁸ e implica cierta conciencia de obligatoriedad, pero de carácter dispositivo, de manera que el profesional destinatario podría apartarse y no seguir dicho criterio⁶⁹.

La *lex artis* tampoco es una *regla*, esto es, un enunciado normativo que prescribe de forma definitiva cuál es la conducta correcta e impone una actuación determinada de modo disyuntivo o dilemático: se cumple o no se cumple; todo o nada. A diferencia de la lógica binaria de las reglas, que se aplican mecánicamente y tienen un alcance más genérico, el estándar permite percibir la importancia de cada caso como un acontecimiento único, donde las circunstancias especiales son importantes⁷⁰. En razón de su indeterminación *ex ante* y su varia-

⁶³ Cfr. POUND, R.; *An Introduction to Philosophy of Law*, second revised edition, New Haven, Yale University Press, 1954, pp. 58-59.

⁶⁴ Cfr. STRACHE, *Op. cit.*, pp. 9-16.

⁶⁵ Cfr. LIFANTE VIDAL.; *Op. cit.*, pp. 569-574.

⁶⁶ Cfr. WRIGHT, G. H. von; *Norma y acción. Una investigación lógica* (1963), traducción de Pedro García Ferrero (1970), Madrid, Tecnos, 1979, p. 29.

⁶⁷ Cfr. SCHAUER, F.; *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (1991), traducción de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 59-60.

⁶⁸ Cfr. WRIGHT; *Op. cit.*, p. 28.

⁶⁹ Cfr. PATTARO; *Op. cit.*, p. 184.

⁷⁰ Cfr. POUND; *Op. cit.*, pp. 64-71.

bilidad⁷¹, la *lex artis* incorpora un margen de discrecionalidad sujeto a elementos de razonabilidad y de justicia y equidad (*fairness*)⁷². Por otra parte, permanece abierta al futuro, es decir, al momento del juicio prudencial, en el que se actualiza ajustado a las circunstancias del caso individual.

La *lex artis* proviene y es resultado de la práctica profesional⁷³, lo que dificulta entenderla como un *concepto*, es decir, una categoría científica creada por la dogmática jurídica para delimitar un sector de la realidad y subsumir cada caso mediante un deslinde binario. Además, los estándares y la *lex artis* dependen y están parcialmente constituidos por el contexto y las circunstancias en las que se aplican, mientras que los conceptos se abstraen de las circunstancias particulares de aplicación y son independientes del contexto⁷⁴. Por estas razones tampoco se acomoda la *lex artis* a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, no plenamente definidos, ni a las normas de contenido vago cuya determinación se establece por los jueces⁷⁵.

Finalmente, su indefinición previa tampoco permite considerarla un *principio*, es decir, un enunciado normativo más flexible y abierto que funciona como razón u objeto de un mandato de optimización, imponiendo que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. El estándar no ordena la realización u obtención de algo, de un *qué*, sino el modo en el que se debe actuar para obtenerlo, esto es, un *cómo*. Además, el principio consiste en un mandato *prima facie* que puede ser finalmente desplazado por otro, mientras que la *lex artis* obliga de forma definitiva desde el comienzo y siempre debe ser seguida por el profesional.

4. LA LEX ARTIS EN ACCIÓN

La naturaleza normativa de la *lex artis* en cuanto estándar reafirma el carácter esencial de la libertad profesional, enmarcada por conocimientos científicos, normas diversas y fines profesionales que se traducen en una decisión y una actuación individualizadas para un caso concreto fruto de un juicio prudencial. En tal sentido, muestra tanto la apertura del razonamiento jurídico a otras prácticas sociales y áreas del razonamiento práctico⁷⁶ como la remisión del sistema jurídico a

⁷¹ Cfr. HART; *Op. cit.*, pp. 168-169.

⁷² Cfr. POUND; *Op. cit.*, pp. 57-58

⁷³ Cfr. BRANDOM; *Op. cit.*, pp. 56 ss.

⁷⁴ Cfr. FRIDLAND, E.: «Knowing-how: problems and considerations», *European Journal of Philosophy*, 23/3, 2015, pp. 703-727, 720-721.

⁷⁵ Cfr. PATTARO; *Op. cit.*, pp. 181-182.

⁷⁶ Cfr. LIFANTE VIDAL; *Op. cit.*, pp. 567-568.

un sistema de reglas técnicas y científicas para calificar el comportamiento del profesional⁷⁷.

4.1 Un punto de partida técnico: las guías de práctica clínica

Entre los diversos modos de orientar científicamente la actividad clínica –documentos de consenso, asesoramiento de expertos, criterios de uso apropiado⁷⁸, protocolos, vías clínicas⁷⁹– sobresalen las guías de práctica clínica, que consisten en un «conjunto de recomendaciones basadas en una revisión sistemática de la evidencia y en la evaluación de los riesgos y beneficios de las diferentes alternativas, con el objetivo de optimizar la atención sanitaria a los pacientes»⁸⁰. O en definición más breve y directa, son recomendaciones, basadas en la mejor evidencia disponible, para la atención de las personas por parte de los profesionales sanitarios y otros profesionales⁸¹.

Las guías clínicas representan el sustento científico-técnico preferido para las decisiones clínicas: se basan en una revisión sistemática de la evidencia existente, que debe ser actualizada cuando aparecen nuevas evidencias; se elaboran por un panel multidisciplinar competente de expertos y representantes de los principales grupos afectados; y emplean procesos de elaboración que minimizan defectos, sesgos y conflictos de intereses⁸². Dicha preferencia se ratifica a la luz de sus fines y resultados, pues cambian el proceso asistencial, mejoran los

⁷⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.; «Estándares jurídicos (*lex artis*, buen padre de familia, persona razonable...): qué son y para qué sirven», en García Rubio, M. P. y Moreso, J. J. (dir.); Varela Castro, I. (coord.), *Op. cit.*, pp. 481-495, en particular pp. 484-485, 488 y 492-493.

⁷⁸ Cfr. Institute of Medicine (U. S.). Committee on Standards for Developing Trustworthy Clinical Practice Guidelines, *Clinical practice guidelines we can trust!* Board on Health Care Services, Institute of Medicine of the National Academies; Robin Graham *et al.* (ed.), Washington, D. C., The National Academy Press, 2011, p. 5. Disponible en <https://www.nap.edu/read/13058/chapter/1>. Consulta: 7.3.2021.

⁷⁹ Cfr. Grupo de trabajo para la actualización del Manual de Elaboración de GPC, *Elaboración de Guías de práctica clínica en el Sistema Nacional de Salud. Actualización del Manual Metodológico* [Internet], Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Zaragoza, Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS), 2016 [febrero de 2018]. Disponible en http://www.iacs.es/wp-content/uploads/2019/07/manual_gpc_completo.pdf. Consulta: 7.3.2021.

⁸⁰ Institute of Medicine, *Op. cit.*, pp. 4, 25-26, en traducción del Grupo de trabajo GPC, *Op. cit.*, p. 9.

⁸¹ Cfr. National Institute for Health Care and Excellence (NICE), *The Guidelines manual (PMG6)*, 2012, p. 7. Disponible en <https://www.nice.org.uk/process/pmg6/resources/the-guidelines-manual-pdf-2007970804933>. Consulta: 7.3.2021; National Institute for Health Care and Excellence (NICE), *Developing NICE guidelines: the manual (PMG20)*, 2015. Disponible en <https://www.nice.org.uk/process/pmg20/resources/developing-nice-guidelines-the-manual-pdf-72286708700869>. Consulta: 7.3.2021.

⁸² Cfr. Institute of Medicine, *Op. cit.*, pp. 4-5, 26.

resultados para los pacientes y aseguran un uso eficiente de los recursos sanitarios⁸³.

La guía de práctica clínica encauza el juicio del profesional y aporta una razón válida basada en el conocimiento experto⁸⁴ para definir la indicación clínica y ofrecer una primera concreción técnica. En cambio, no basta para configurar plenamente la decisión del profesional ni agota la definición de *lex artis*, condicionadas por otros factores presentes en el modelo contemporáneo de relación clínica, singularmente su libertad de actuación, los valores, derechos y decisiones del paciente o usuario, los recursos disponibles y el marco institucional en el que tiene lugar la intervención profesional⁸⁵.

4.2 Una especificación práctica: el juicio profesional

La *lex artis* no se puede codificar, ni a través de las guías de práctica clínica ni a través de ningún otro instrumento. Esto quiere decir que las guías simplifican y ayudan en la toma de decisiones, pero no las sustituyen automáticamente⁸⁶. Resumen y actualizan el conocimiento científico y técnico y, en tal sentido, son orientativas y se espera que los profesionales asistenciales las tengan en cuenta cuando ejercen su juicio clínico (art. 4.7.b) LOPS). No obstante, en la medida en que las decisiones clínicas se toman en condiciones de incertidumbre⁸⁷ y deben adecuarse a las circunstancias de cada paciente y de cada caso, estas guías nunca anulan la responsabilidad decisoria de los profesionales, en diálogo con el paciente⁸⁸.

Las guías de práctica clínica y los otros instrumentos de orientación profesional no son jurídicamente vinculantes, pero sí tienen relevancia para configurar el alcance del deber de cuidado y el correcto proceder médico⁸⁹: la actuación de un profesional que aplique una guía de práctica clínica de forma adecuada al caso concreto gozará de una presunción *iuris tantum* de corrección⁹⁰, es decir, susceptible de

⁸³ Cfr. NICE 2012, *Op. cit.*, p. 8

⁸⁴ Cfr. VÁZQUEZ, C.; «*Lex artis* médica. Acerca del conocimiento experto para determinar el estándar de conducta en la responsabilidad médica», en Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2018, pp. 431-455, 444-448.

⁸⁵ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de; «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 11-51, 11-35.

⁸⁶ Cfr. GARRIDO JIMÉNEZ, J. M.; «Responsabilidad del trabajo en equipo y de la institución sanitaria. Variabilidad, protocolos y guías de práctica clínica», en Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dir.); Larios Risco, D., González García, L. y Montalvo Jääskeläinen, F. de (coord.), *Op. cit.*, 2013, pp. 209-252, 215.

⁸⁷ Cfr. Institute of Medicine, *Op. cit.*, p.13.

⁸⁸ Cfr. NICE 2012, *Op. cit.*, p. 8.

⁸⁹ Cfr. GALÁN CORTÉS; *Op. cit.*, pp. 275-284.

⁹⁰ Cfr. GARRIDO JIMÉNEZ; *Op. cit.*, pp. 226-227.

ser rebatida aportando pruebas que muestren lo contrario, su incorrección. Con todo, dicha presunción de corrección solo alcanza al ámbito técnico o científico conocido, es decir, resultaría válida para establecer la indicación clínica de una prueba diagnóstica, un procedimiento, una técnica quirúrgica o una terapia y, *a contrario*, para delimitar lo contraindicado.

Como punto de llegada del juicio profesional, la *lex artis* es el resultado de un ajustamiento de los factores implicados en el caso concreto. Al especificar la respuesta científica objetiva y general de una guía de práctica clínica, el profesional puede separarse de ella por razones técnicas, si es un caso no contemplado o si decide no seguir un curso de acción recomendado de modo justificado. En las situaciones típicas, descritas en la literatura científica, se sigue inicialmente un «estándar de conducta para situaciones preconfiguradas»⁹¹. En cambio, en las situaciones atípicas se espera que el profesional ejerza prudentemente su libertad de método y se desmarque de dicho criterio actuando como lo haría un profesional inteligente y sensato⁹². Este profesional no está apartándose de la *lex artis*, sino justamente definiéndola y actualizándola en la situación concreta mediante la armonización de los elementos objetivos y subjetivos, técnicos y éticos; es decir, individualizando el estándar⁹³.

En la determinación del curso de acción, el profesional combina los conocimientos médicos con las razones éticas, tanto el respeto de las decisiones autónomas del paciente como la adecuada gestión de los recursos disponibles en el sistema de salud a través de su uso racional, proporcionado y eficaz en orden a la protección de la vida, la integridad física y moral y la salud de aquel⁹⁴. En ejercicio de su autonomía, el paciente puede y debería decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3 LBAP, en relación con los artículos 2, 4-5 y 8-11 LBAP), pudiendo rechazar tratamientos indicados, no claramente indicados y no claramente contraindicados⁹⁵, y tal elección debe ser respetada por el profesional, que encuentra en ella un límite a su libertad. Esta limitación coexiste con la limitación recíproca de la voluntad autónoma del paciente, a quien le están vedadas toda injerencia técnica y cualquier decisión que pretenda obligar al profesional a hacer algo contraindicado en su situación clínica. De ahí que el profesional esté obligado a no realizar lo contraindicado y a asumir que no tiene un deber de realizar lo indicado

⁹¹ ROMEO CASABONA; *Op. cit.*, p. 210.

⁹² Cfr. *Ibidem*, pp. 210-211; RUEDA; *Op. cit.*, pp. 48-49; GALLARDO CASTILLO; *Op. cit.*, pp. 35-36.

⁹³ Cfr. FRAHM, W. *et al.*, «Medizin und Standard—Verwerfungen und Perspektiven», *Medizinrecht*, 36, 2018, pp. 447-457, 448-449.

⁹⁴ Cfr. MONTALVO; *Op. cit.*, pp. 24-35. Sobre la conjunción de estos tres criterios cfr. Woopen, *Op. cit.*, pp. 123-130.

⁹⁵ Cfr. COUCEIRO, A.; «Las directivas anticipadas en España: contenido, límites y aplicaciones clínicas», *Revista de Calidad Asistencial*, 22/4, 2007, pp. 213-222, 220.

cuando un paciente decide autónomamente no aceptarlo (en especial, artículos 2.4 y 2.6 LBAP)⁹⁶.

5. LA LEX ARTIS Y EL RAZONAMIENTO MÉDICO

5.1 Un razonamiento prudencial

La Medicina es una actividad teleológica en la que el profesional asistencial, ante un paciente, no delibera sobre si debe perseguir o no los fines de su profesión, sino sobre cuáles son los medios que conducen a su realización⁹⁷. El médico se pregunta *cómo* debe actuar para lograrlos, y para ello debe responder antes a otra pregunta, *para qué* debe elegir dichos medios, pues tal respuesta le permite conocer y definir el fin perseguido. Por ello, aunque la *lex artis* es una obligación de medios, el juicio de corrección sobre la conducta del profesional se realiza a la luz de los fines de la Medicina⁹⁸, que orientan su elección y actuación.

Acompaña a la *lex artis* la incertidumbre propia de cualquier decisión prudencial, que no equivale a falta de evidencia científica, sino que deriva de la naturaleza del conocimiento de la salud y del razonamiento clínico⁹⁹, nunca apodícticos o completamente seguros¹⁰⁰. Por ello, dicha incertidumbre no debe confundirse ni es compatible con la ignorancia o falta de conocimiento científico ni con la impericia del profesional. Aquella es una característica de la situación y de la profesión, mientras que estas, la ignorancia y la impericia, son defectos que emborronan la buena práctica y suelen ser la base para apreciar la falta de diligencia, la infracción del deber de cuidado y la responsabilidad profesional.

Aunque libre, la concreción *ad casum* de la *lex artis* nunca es arbitraria. Las guías de práctica clínica y las normas que delimitan la libertad del profesional aportan constancia y estabilidad y ayudan a la decisión, pero no eliminan la necesidad de individualizarla, pues hay

⁹⁶ Cfr. COUCEIRO, A.; «La influencia del consentimiento informado en la práctica clínica», *Julgar*, número especial *Consentimiento informado*, 2014, pp. 139-156.

⁹⁷ Cfr. ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe y traducción de M. Araujo y J. Marías (1949), séptima edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 37 (III 3 1112b 12-14).

⁹⁸ Cfr. CALLAHAN, D. (dir.); *Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas* (1996), Barcelona, Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2004. Disponible en <https://www.fundaciogrifols.org/es/web/fundacio/-/11-los-fines-de-la-medicina-the-goals-of-medicine->. Consulta: 7.3.2021.

⁹⁹ Cfr. ARISTÓTELES; *Op. cit.*, pp. 20-21 (II 1104a 3-5), p. 37 (III 1112b 2-3).

¹⁰⁰ Cfr. BORRELL, F. y HERNÁNDEZ-CLEMENTE J.; «La certeza diagnóstica. El difícil camino que nos lleva a comprender el concepto de probabilidad en la práctica clínica», *Folia Humanística*, 3, 2016, pp. 27-41. Disponible en <https://revista.proeditio.com/foliahumanistica/article/view/1194/1937>. Consulta: 7.3.2021.

una laguna prudencial entre la guía y su concreción. La decisión profesional correcta es el resultado de un juicio sintético que tiene en cuenta las posibilidades prácticas; es decir, qué se puede hacer en ese caso concreto y en ese momento (*hic et nunc*), en razón de las circunstancias subjetivas y objetivas de la situación: la capacidad del profesional, las características y decisiones del paciente y las condiciones en las que se realiza la intervención¹⁰¹.

5.2 La concreción del silogismo práctico: saber cómo

La sabiduría práctica no radica en conocer las normas que guían una actividad sino en saber cómo actuar en cada situación particular. Cumplir con la *lex artis* no consiste en acumular conocimientos normativos o científicos o saber qué dice una guía de práctica clínica, sino en saber cómo llevar a la práctica lo que en ella se indica.

El conocimiento de las normas y las guías es un conocimiento teórico (*knowing that*)¹⁰², mientras que el seguimiento de las normas es un saber práctico, no teórico ni técnico; un saber cómo (*knowing how*)¹⁰³, que no se da de antemano y comparece en la misma acción¹⁰⁴, pues no dispone de respuestas *a priori* ni de una ciencia o *techné* del razonamiento práctico¹⁰⁵.

Este saber práctico no equivale a un dominio rutinario o automático, propio del seguimiento de instrucciones. El buen profesional no es el experto que atesora experiencia o que desarrolla hábitos resultado de la repetición. Este profesional puede llegar a saber cómo se hace algo, pero no por qué se hace así; se limita a una réplica o repetición mecánica que no se cuestiona el sentido¹⁰⁶. En cambio, el dominio de una práctica (*practical expertise*) está vinculado a la capacidad personal de pensar y decidir conscientemente. Exige una respuesta selectiva que representa una oportunidad de aprendizaje y mejora¹⁰⁷, acorde con el carácter dinámico y evolutivo de la práctica profesional¹⁰⁸.

¹⁰¹ Cfr. ARISTÓTELES; *Op. cit.*, p. 37 (III 1112b 27), p. 92 (VI 1140a 30-31); Vigo, A. G., «Deliberación y decisión según Aristóteles», *Tópicos*, 43, 2012, pp. 51-92, 82-84.

¹⁰² Cfr. RYLE, G.; «Knowing how and knowing that», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 46, 1946, pp. 1-16, 14.

¹⁰³ Cfr. *Ibidem*, pp. 8-9.

¹⁰⁴ Cfr. TAYLOR, C.; «Seguir una regla» (1992), en *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, traducción de F. Birulés Bertrán, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 221-238, 235-236.

¹⁰⁵ Cfr. ARISTÓTELES; *Op. cit.*, pp. 91-92 (II 1104a 3-8).

¹⁰⁶ Cfr. ANNAS, J.; «Practical expertise», en Bengson J. y Moffett, M. A. (ed.), *Knowing how: Essays in knowledge, mind, and action*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 101-112, 107-109.

¹⁰⁷ Cfr. RYLE, G.; *El concepto de lo mental* (1949), traducción de E. Rabossi (1967), Barcelona, Paidós, 2005, p. 56.

¹⁰⁸ Cfr. ANNAS; *Op. cit.*, pp. 102, 104-105.

En consecuencia, la autonomía prudencial del profesional es un ejemplo de creatividad e imaginación deliberativa¹⁰⁹ que perfecciona la *lex artis* para adaptarla al caso concreto. Y en su expresión óptima no se limita a la habilidad para elegir los mejores medios a partir del criterio científico establecido en la guía de práctica clínica, ya que la decisión prudencial del profesional va más allá de un mero razonamiento técnico. Es una praxis que exige un genuino razonamiento ético, pues la selección de esos medios se fundamenta en el conjunto de la biografía del paciente, concebido como interlocutor y sujeto de la relación clínica¹¹⁰.

6. APÉNDICE. MENOS ES SUFICIENTE: LA REDUNDANCIA DEL *AD HOC*

Se ha afirmado que la concreción de cada acto médico o presu- puesto *ad hoc* «tal vez sea el aporte personal que caracteriza nuestra tesis: así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *Lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos»¹¹¹.

Sin embargo, no parece que sea así. De una parte, esa presunta aportación no individualiza a la *lex artis* médica frente a otras actividades profesionales. De otra, la expresión «*ad hoc*» no aporta ningún rasgo o significado ausentes, sino que funciona como locución adverbial enfática. La insistencia en el ad-hoquismo¹¹² olvida que todo razonamiento práctico de los profesionales implica un juicio sobre la corrección de su actuación que es, siempre y finalmente, *ad hoc*, para un supuesto y un fin concretos. «La clínica es siempre una actividad concreta, individual.»¹¹³

Recordémoslo. La mayor parte de las cosas que suceden el universo carecen de precedentes, son impredecibles y nunca han de repetirse¹¹⁴. Cada nueva situación incorpora algo nuevo¹¹⁵ y cada caso es

¹⁰⁹ Cfr. NUSSBAUM, M. C.; «El discernimiento de la percepción: una concepción aristotélica de la racionalidad pública y privada», en *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura* (1990), traducción de R. Orsi Portalo y J. M. Inarejos Ortiz, Boadilla del Monte (Madrid), Antonio Machado, 2005, pp. 113-201, 153.

¹¹⁰ Cfr. SEOANE; *op. cit.*; VERGARA, O.; *Método y razón práctica en la ética bio-médica*, Granada, Comares, 2018, pp. 62-63 y 140.

¹¹¹ MARTÍNEZ CALCERRADA; *Op. cit.*, p. 189, y desde entonces en numerosas resoluciones judiciales: cfr. *supra* apartado 2.2.

¹¹² Cfr. SEOANE, P.; *Regla y tiempo real. Improvisación, interpretación y ontología de la obra musical*, Sevilla, Athenaica, 2020, pp. 108-112.

¹¹³ GRACIA, D.; «La deliberación moral: el método de la ética clínica», *Medicina Clínica*, 117, 2001, pp. 18-23, 18.

¹¹⁴ Cfr. RYLE, G.; «Improvisation», *Mind*, 85/337, 1976, pp. 69-83, 72.

¹¹⁵ Cfr. ARISTÓTELES; *Op. cit.*, p. 36 (III 1113a 31-33).

hasta cierto punto único, y relativo al tiempo, lugar y circunstancias en que ha de ser aplicado¹¹⁶. Ningún caso está completamente formulado en una guía de práctica clínica: presenta rasgos nuevos, singulares, no anticipados y no repetibles, y se da en personas y relaciones particulares.

Por esta razón, la decisión profesional solamente puede ajustarse o afinarse en su contexto¹¹⁷, al no ser posible una preparación completa para una situación particular, pues *esta* situación no ha sucedido antes y no volverá a suceder de nuevo. Toda respuesta a una situación parcialmente nueva requiere una innovación pertinente, *ad hoc*¹¹⁸, que siempre se ajusta a esta situación actual única a partir del contexto y las lecciones aprendidas. Y cada nueva respuesta, aunque sea la vigésima respuesta a un asunto sobre el que tenemos experiencia, incorpora una novedad, una ligera variación en *esta* situación sobre las situaciones precedentes¹¹⁹. Esto no exige apelar a la inspiración, la fortuna o la intuición¹²⁰, sino elegir la forma de razonamiento correcto. Por tanto, en relación con la *lex artis* está justificado hablar de la prioridad de lo particular y de la necesidad profesional de la sabiduría práctica¹²¹.

En consecuencia, propongo usar la expresión «*lex artis*», correcta y más sencilla, y descartar la expresión «*lex artis ad hoc*», sumándome a otras críticas que la consideran exitosa pero vacía y tautológica¹²², redundante o contradictoria¹²³, poca afortunada¹²⁴ y carente de sentido¹²⁵.

¹¹⁶ Cfr. POUND, *Op. cit.*, pp. 58-59.

¹¹⁷ Cfr. NUSSBAUM, *Op. cit.*, pp. 142-143 y 177.

¹¹⁸ Cfr. RYLE, *Improvisation, cit.*, pp. 73-74.

¹¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 77.

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 72.

¹²¹ Cfr. NUSSBAUM, *Op. cit.*, pp. 134 ss.

¹²² Cfr. ROMEO CASABONA, *Op. cit.*, p. 209, n. 38.

¹²³ Cfr. VÁZQUEZ, *Op. cit.*, p. 453.

¹²⁴ Cfr. Ángel YÁGÜEZ, *Op. cit.*, p. 462.

¹²⁵ Cfr. Romeo MALANDA, *Op. cit.*, pp. 190-191.

El derecho al sufragio igual: la cuadratura del círculo

The right to an equal suffrage: squaring the circle

Por JORGE URDÁÑOZ GANUZA¹
Universidad Pública de Navarra (UPNA)

RESUMEN

Se describe y propone un sistema electoral igualitario para el Congreso de los Diputados que, frente a todas las propuestas efectuadas hasta ahora, no necesitaría modificar la actual Constitución. La interpretación constitucional en la que se basa podría, además, extenderse a otras constituciones democráticas.

Palabras clave: *sufragio Igual, Teoría de la democracia, interpretación jurídica, sistema electoral, representación política, estado de derecho.*

ABSTRACT

We describe and put forward an egalitarian electoral system for the Spanish Congress of Deputies, which, in contrast to the proposals submitted up to the present day, would not require the Constitution to be amended. The cons-

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación titulado «Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad [CDREM]»; dirigido por José María Sauca y Rafael Escudero; y financiado por la Agencia Estatal de Investigación (PID2019-106904RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033).

titutional interpretation on which it is based could also be applied to other democratic constitutions.

Keywords: equal suffrage, Theory of democracy, legal interpretation, electoral system, political representation, rule of law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. SISTEMA IGUALITARIO: DESCRIPCIÓN. – 3. ENCAJE CONSTITUCIONAL. – 4. ZAPATOS DE GARCÍA AMADO Y PALAS DE WITTGENSTEIN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. EGALITARIAN SYSTEM: DESCRIPTION. – 3. CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS. – 4. GARCÍA AMADO'S SHOES AND WITTGENSTEIN'S SPADES.

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se aborda una cuestión –la del sufragio igual– para la que es necesario recurrir a diversas disciplinas. Hay algo de interpretación jurídica, pues presentamos una propuesta que tiene que ver con una nueva mirada hacia ciertos artículos del texto constitucional. Precisamente por eso hay también, claro, Derecho Constitucional. Hay, además, en la medida en que hablamos de aspectos relacionados con el sistema electoral, Ciencia Política. Hay Filosofía Política y Filosofía del Derecho, puesto que el sufragio igual es tanto un anhelo normativo como una conquista jurídicamente reconocida (sobre el papel, siquiera). Y hay, por último, Política en estado puro, ya que el nexo común que articula todas esas disciplinas lo constituye una propuesta, creemos que novedosa, que se lanza con la esperanza –todo lo vana e inundada que se quiera– de mejorar nuestra democracia.

Una manera tan legítima como cualquier otra de iniciar la descripción de tal propuesta sería esta: hasta ahora, prácticamente toda la producción académica y política relativa al sistema electoral, a sus problemas y a sus posibles reformas ha venido siempre de un mismo lado, del de la proporcionalidad. Aquí, sin embargo, la perspectiva que se adopta será otra, la de la igualdad del sufragio. Y, sorprendentemente, las posibilidades que abre esa nueva perspectiva –tercamente normativa– logran, como por arte de serendipia, solucionar los problemas –de corte más bien institucional– que intentaba solventar la otra perspectiva, la de la proporcionalidad. Al final, se cumple algo que se ha declarado siempre imposible: un sistema electoral igualitario y proporcional para el Congreso de los Diputados que sería viable sin cam-

biar una coma de la Constitución. La cuadratura de círculo, como se le ha llamado en alguna ocasión².

El recorrido que seguiremos será el siguiente. En primer lugar, describiremos la propuesta. En segundo, analizaremos su encaje constitucional. Por último, concluiremos brevemente, aludiendo a la importancia teórica y normativa del derecho al sufragio igual y a su lugar en la Teoría de la Democracia y en el Derecho Constitucional comparado.

2. SISTEMA IGUALITARIO: DESCRIPCIÓN

En el sistema que proponemos seguiríamos votando, a efectos «ambientales», por así decir, como hasta ahora. De cara a los votantes, no cambiaría nada. Se calcularía de modo diferente el resultado de la votación, ciertamente, pero la votación en sí y todo lo que la rodea permanecería incólume. Votaríamos en alguna de las 52 circunscripciones actuales. Los partidos presentarían listas en tales 52 circunscripciones. No habría una lista nacional, o una autonómica, o una de distrito uninominal..., nada de eso. Todo el procedimiento electoral –mesas, juntas, plazos, campaña, etc.– seguiría siendo idéntico. Sin embargo, una vez emitidos los votos, tales votos se computarían de un modo diferente al actual. Tal modo –el sistema propiamente dicho– se representaría en tres actos.

2.1 Primer acto: reparto igualitario

Se aplica D'Hondt a los totales partidistas, repartiendo 350 escaños a los mismos. Para las últimas elecciones, el resultado sería el que refleja la Tabla 1.

² DEL MORAL, A. T.; «La reforma del sistema electoral o la cuadratura del círculo», *Revista de Derecho Político*, 74, 2009, 49-111. Una visión de conjunto sobre el sistema electoral se encontrará en: MONTERO, J. R. y ESQUER, C. F.; «Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016», *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, 2, 2018, 5-46.

Tabla 1. *Reparto igualitario*

	Número	% de Votos emitidos	Diputados exactos que merecen	Diputados sistema actual	Diputados sistema igualitario
Ciudadanos que votaron PSOE.	6.792.199	28,25%	98,9	120	102
Ciudadanos que votaron PP.	5.047.040	20,99%	73,5	89	76
Ciudadanos que votaron VOX.	3.656.979	15,21%	53,2	52	55
Ciudadanos que votaron PODEMOS-IU.	2.381.960	9,91%	34,7	26	36
Ciudadanos que votaron Cs.	1.650.318	6,86%	24,0	10	24
Ciudadanos que votaron ERC-SOBIRANISTES.	874.859	3,64%	12,7	13	13
Ciudadanos que votaron ECP-G. EL CANVI.	549.173	2,28%	8,0	7	8
Ciudadanos que votaron JxCAT-JUNTS.	530.225	2,21%	7,7	8	8
Ciudadanos que votaron EAJ-PNV.	379.002	1,58%	5,5	6	5
Ciudadanos que votaron MÁS PAÍS-EQUO.	330.345	1,37%	4,8	2	5
Ciudadanos que votaron EH Bildu.	277.621	1,15%	4,0	5	4
Ciudadanos que votaron CUP-PR.	246.971	1,03%	3,6	2	3
Ciudadanos que votaron PACMA.	228.856	0,95%	3,3	0	3
Ciudadanos que votaron P ODEMOS-EU.	188.231	0,78%	2,7	2	2
Ciudadanos que votaron MÉS COMPROMÍS.	176.287	0,73%	2,6	1	2
Ciudadanos que votaron CCa-PNC-NC.	124.289	0,52%	1,8	2	1
Ciudadanos que votaron BNG.	120.456	0,50%	1,8	1	1
Ciudadanos que votaron NA+.	99.078	0,41%	1,4	2	1
Ciudadanos que votaron PRC.	68.830	0,29%	1,0	1	1

	Número	% de Votos emitidos	Diputados exactos que merecen	Diputados sistema actual	Diputados sistema igualitario
Ciudadanos que votaron MÁS PAÍS.	52.478	0,22%	0,8	0	0
Ciudadanos que votaron RECORTES CERO-GV.	35.042	0,15%	0,5	0	0
Ciudadanos que votaron PUM+J.	27.272	0,11%	0,4	0	0
Ciudadanos que votaron M PAÍS-CHA-EQUO.	23.196	0,10%	0,4	0	0
Ciudadanos que votaron ¡TERUEL EXISTE!.	19.761	0,08%	0,3	1	0
TOTAL.	23.880.468	100%	350	350	350

Fuente: columnas 1, 2, 3 y 5: resultados oficiales disponibles en <http://www.infoelectoral.mir.es/>. Columnas 4 y 6: elaboración propia.

Hemos optado, en este ejemplo hipotético, por usar la fórmula D'Hondt y por no incluir ninguna barrera electoral, pero ambas decisiones no son consustanciales al sistema, sino posibilidades que podrían modificarse sin mayores problemas. Más allá de ello, este primer acto determina ya de modo definitivo el número de escaños que reciben los partidos, que no se verá modificado por los otros dos actos, cuya naturaleza es más bien «intrapartidista».

2.2 Segundo acto: reparto intrapartidista

¿Cómo se conjugarían los resultados expuestos en la Tabla 1 con el hecho de que, como hemos afirmado, las listas serían 52, una por circunscripción? Para explicarlo nos acercaremos al caso concreto de Ciudadanos. Como se observa, mientras el sistema actualmente vigente le concedió 10 escaños, con el sistema igualitario hubiera obtenido 24. ¿Qué candidatos concretos, de todos los que presentó Ciudadanos en toda España, se llevarían los 24 escaños?

El mecanismo se refleja en la Tabla 2. Los 24 escaños que le corresponden al partido se reparten entre sus 52 listas de candidatos de circunscripción en proporción a los votos que tales listas hayan obtenido. En la tabla 2 se detalla el procedimiento. En la primera columna de la misma aparecen las provincias en las que Ciudadanos logró más votos en noviembre de 2019.

Tabla 2. *Reparto intrapartidista para el partido Ciudadanos*

Provincia	Votos a C's	Mayores Cocientes (D'Hondt)				Diputados
		Entre 1	Entre 2	Entre 3	Entre 4	
MADRID.	107692	107692	53846	35897	26923	3
VALENCIA.	106820	106820	53410	35607	26705	3
BARCELONA.	87062	87062	43531	29021	21766	3
SEVILLA.	83575	83575	41788	27858	20894	2
ALICANTE.	69143	69143	34572	23048	17286	2
MÁLAGA.	66995	66995	33498	22332	16749	2
CÁDIZ.	55490	55490	27745	18497	13873	1
MURCIA.	53201	53201	26601	17734	13300	1
ZARAGOZA.	47001	47001	23501	15667	11750	1
GRANADA.	37772	37772	18886	12591	9443	1
ASTURIAS.	37374	37374	18687	12458	9344	1
CÓRDOBA.	36229	36229	18115	12076	9057	1
BALEARES.	33451	33451	16726	11150	8363	1
BADAJOS.	29520	29520	14760	9840	7380	1
LA CORUÑA.	28469	28469	14235	9490	7117	1
PALMA.	28018	28018	14009	9339	7005	0
VALLADOLID.	26947	26947	13474	8982	6737	0
		Total escaños de Ciudadanos:				24

Como se observa en la tabla, los 24 escaños que le corresponden a Ciudadanos se reparten entre sus listas provinciales de acuerdo a la fórmula D'Hondt (o, de nuevo, a cualquier otra de entre las proporcionales). Los tres primeros candidatos de la lista de Ciudadanos de Madrid se llevarían escaño, mientras que el primer candidato de la lista de Palma se quedaría fuera. La razón es que, de acuerdo al ideal distributivo proporcional, es preferible que los 107.652 votantes madrileños que votaron por Ciudadanos reciban tres escaños, de tal modo que pueda decirse que cada uno de tales escaños «costó» 35.897 votos, a que reciba un escaño el candidato de Palma, puesto que los votantes canarios que se verían representados con él, que son 28.018,

resultan ser menos que los mencionados 35.897 que se verían representados por cada uno de los tres de Madrid.

Este segundo acto se calcularía para cada partido. Esto es, de la misma manera que hemos calculado una tabla de cocientes D'Hondt para Ciudadanos (la tabla 2), se procedería a calcular una tabla similar de cocientes para repartir los 102 escaños del PSOE, otra para los 76 del PP, otra para los 55 de VOX, etc. Un cálculo para cada partido. Se trata, como se observa, de una suerte de distribución proporcional de los escaños que le corresponden a cada partido entre las listas de candidatos que haya presentado en cada circunscripción. Tales listas no tienen que ser necesariamente 52, puesto que, como es sabido, ciertos partidos no presentan candidatos en todo el territorio.

Una vez hayamos calculado este segundo acto intrapartidista, ya tendremos no solo el número de los escaños que corresponden a cada partido –que era la única información arrojada por el primer acto– sino, además, la identidad personal de cada uno de los candidatos elegidos, su nombre y apellidos. Tendremos, en efecto, 350 candidatos a los que les correspondería escaño. Esa atribución, sin embargo, podría estar sometida a ciertos cambios. Falta un último movimiento.

2.3. Tercer acto: cláusula doble

Es fácil prever que, una vez desarrollados los actos primero y segundo, se habrán repartido, en efecto, los 350 escaños, pero que probablemente habrá algunas circunscripciones –las menos habitadas– que no habrán visto elegido a ninguno de los candidatos que se presentaron en sus listas. Ávila, por ejemplo. Sus tres partidos más votados fueron el PP, con 32.527 votos; el PSOE, con 24.474; y VOX, con 17.313. Fijémonos en Alicia García, la cabeza de lista del PP. ¿Puede aspirar, en el desarrollo del segundo acto, a que uno de los 76 escaños que ha conseguido el PP sea para ella? Es muy improbable. El PP tiene que repartir sus 76 escaños entre sus 52 listas de provincia. La candidata de Ávila, con sus 32.527 votos (apenas un 0.7% de los más de cinco millones de votos del PP en toda España), no puede obtener uno de esos 76 escaños en el segundo acto, puesto que otros candidatos del PP, en otras provincias con más votantes, conseguirán «cocientes de D'Hondt» mayores que los suyos. Y un problema idéntico enfrentarán los candidatos abulenses del PSOE y de VOX.

La tabla 3 confirma la sospecha. En ella se reflejan los repartos que el segundo acto depara para cada partido. No incluimos, como hemos hecho en la Tabla 2 para el caso concreto de Ciudadanos, las «tripas» del procedimiento llevado a cabo en cada caso (esto es, el cálculo de los cocientes D'Hondt de cada partido), sino tan solo los resultados finales. Obtenemos esto:

Tabla 3. *Provincias sin representación*

	PSOE	PP	VOX	UP	C'S	ERC	JUNTS	ECP-GUANYEM	PNV	BILDU	MÁS PAÍS	CUP	PODEMOS-EU	CCAA	NA+	PACMA	COMPROMÍS	BNG	PRC	
Álava.																				0
Albacete.	1	1																		2
Alicante.	4	4	3	2	2															15
Almería.	1	1	1																	3
Ávila.																				0
Badajoz.	2	1	1		1															5
Illes Balears.	2	2	1	1	1															7
Barcelona.	11	4	3		3	10	6	8				3				2				50
Burgos.	1	1																		2
Cáceres.	1	1																		2
Cádiz.	3	2	2	2	1															10
Castellón.	1	1	1																	3
Ciudad Real.	1	1	1																	3
Córdoba.	2	1	1	1	1															6
A Coruña.	3	3	1		1								1					1		10
Cuenca.																				0
Girona.						1	1													2
Granada.	2	2	2	1	1															8
Guadalajara.																				0
Gipuzkoa.	1			1					2	2										6
Huelva.	1		1																	2
Huesca.																				0
Jaén.	2	1	1																	4
León.	1	1																		2
Lleida.						1														1
La Rioja.	1	1																		2
Lugo.	1	1																		2
Madrid.	17	17	13	10	3						5					1				66
Málaga.	4	3	3	2	2															14
Murcia.	3	3	4	1	1															12
Navarra.	1			1						1					1					4
Ourense.	1	1																		2
Asturias.	3	2	1	2	1															9
Palencia.																				0
Las Palmas.	2	2	1	1																6
Pontevedra.	3	2											1							6
Salamanca.	1	1																		2
S. C. Tenerife.	2	1	1	1										1						6
Cantabria.	1	1	1																1	4

	PSOE	PP	VOX	UP	C'S	ERC	JUNTAS	ECP-GUANYEM	PNV	BILDU	MÁS PAÍS	CUP	PODEMOS-EU	CCAA	NA+	PACMA	COMPROMÍS	BNG	PRC	
Segovia.																				0
Sevilla.	7	3	4	3	2															19
Soria.																				0
Tarragona.	1					1	1													3
Teruel.																				0
Toledo.	2	1	1																	4
Valencia.	7	6	5	4	3														2	27
Valladolid.	1	1	1																	3
Bizkaia.	2	1		2					3	1										9
Zamora.																				0
Zaragoza.	2	2	1	1	1															7
Ceuta.																				0
Melilla.																				0
TOTAL.	102	76	55	36	24	13	8	8	5	4	5	3	2	1	1	3	2	1	1	350

Como se observa, 12 circunscripciones (en negrita) no ven elegido ninguno de los candidatos que se presentaban en las listas de la provincia (o de la ciudad autónoma, en el caso de Ceuta y Melilla). Para evitar esta contingencia, se ha de añadir una cláusula que establezca que, cuando eso suceda, el candidato más votado de la provincia tiene garantizado un escaño. La cláusula tiene solo validez intrapartidista: ocurrirá que el partido al que pertenezca tal candidato verá que se cambia la identidad de uno de sus escaños, pero que el número de los mismos permanece. En 12 casos nos encontraremos con que el último candidato que hubiera recibido escaño de acuerdo al segundo acto (el candidato con el cociente D'Hondt más pequeño) pierde escaño, y lo gana el candidato más votado de la circunscripción.

En el caso concreto de Ávila, la candidata del PP, puesto que es la más votada de la circunscripción, logra escaño. Y lo pierde el sexto candidato del PP en Valencia. Tal candidato recibió, en el segundo acto, el último escaño de los 76 del PP, con un cociente D'Hondt de 51.155 votos (como hemos comentado, aquí nos ahorramos el cálculo extenso, pero las cifras son esas). Así, la Tabla 3 se modificaría, pasando el PP a tener 1 escaño en Ávila y 5 en Valencia. Y, aunque no las incluiremos, habría en total 12 modificaciones intrapartidistas similares. Gracias a esta cláusula, ahora todas las circunscripciones eligen por lo menos un escaño.

La cláusula puede tener, sin embargo, un resultado inesperado en ciertas ocasiones. En noviembre de 2019 tal resultado se habría dado solo en Teruel. La formación «Teruel Existe» logró en esa provincia unos 20.000 votos. Por un lado, eso son solo un 0.08% de los votos de

todos los españoles, y, lógicamente, el primer acto no le concedió escaño a tal partido. Pero, dado que fue la formación más votada en la circunscripción, la cláusula que acabamos de describir le otorgaría escaño. Nos encontraríamos así con la circunstancia de que la cláusula puede alterar, en ocasiones, el resultado del primer acto (es decir: puede alterar el resultado partidista, y no solo el intrapartidista). Para ello hay que introducir en dicha cláusula una precaución que impida esa posibilidad: no es «el candidato más votado de la circunscripción» el que ve garantizado un escaño, sino «el candidato más votado de la circunscripción perteneciente a un partido que haya recibido escaños en el reparto igualitario del primer acto». En el caso de Teruel, la cláusula no puede aplicarse a Teruel Existe –que no recibió escaños en el primer acto– por lo que se aplicaría al candidato del PSOE, que fue el siguiente más votado y que pertenece a un partido que sí recibió escaños. Sería él el que recibiría escaño, y Teruel Existe se quedaría sin representación.

La cláusula del tercer acto, por tanto, se hubiera aplicado en las elecciones de 2019 en 12 ocasiones. En 11 de ellas, garantizando escaño al candidato más votado de la circunscripción. Y en una última, en Teruel, garantizando escaño al candidato del segundo partido más votado. Con ello ya tendríamos el reparto de los 350 escaños entre los diferentes partidos (primer acto) y la identidad concreta de cada uno de los 350 candidatos (segundo y tercer actos). No hay duda de que el sufragio, en un sistema así, resulta igualitario. Veamos ahora si resulta también constitucional.

3. ENCAJE CONSTITUCIONAL

La tesis que vamos a defender a continuación es doble: no solo consideramos que el sistema igualitario que acabamos de proponer es plenamente constitucional, además añadimos que lo es, si es que tal cosa es posible, más que el sistema electoral vigente desde 1977, puesto que este último difícilmente puede respetar uno de los preceptos constitucionales, el del sufragio igual. Eso es, que lo que es inconstitucional es más bien el modo mediante el que se han configurado todos y cada uno de los catorce procesos electorales realizados hasta la fecha. Para ello confrontaremos ambos modelos con el artículo constitucional involucrado, el 68, cuyas tres primeras entradas rezan como sigue:

68.1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.

68.2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados,

asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.

68.3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

3.1 Sufragio igual

El 68.1 establece claramente dos cosas. La primera es cuál es el número de diputados que componen el Congreso. Supongamos, como venimos haciendo, que son 350. La segunda es que todos ellos, los 350, han de ser elegidos «por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto». Esas cinco propiedades del sufragio configuran *derechos* de participación que, en el mero desarrollo expositivo del precepto, van *antes* que la ley electoral y la acotan y limitan: primero están ellos, los derechos, y luego se habrá de redactar una ley cuyos «términos» los habrán de garantizar en todo caso. De los cinco, aquí nos detendremos en el sufragio igual. ¿Qué significa esa expresión? Tanto desde una perspectiva normativa como desde una lógico-matemática, que los sufragios sean iguales significa que las reglas del sistema han de garantizar que son intercambiables. Esto es, que se cumpla la sencillísima condición de que, si suponemos que cualesquiera dos electores intercambian sus respectivos votos, el resultado no pueda verse modificado³.

La demostración axiomática de que este requisito de la intercambiabilidad es el nombre lógico-matemático de la categoría normativa de la «igualdad del voto» se encontrará en el famoso teorema de la mayoría simple que Kennet May estableció en 1952⁴. Desde una perspectiva más filosófica, tal requisito viene a coincidir con la posición original rawlsiana, o, de modo algo más general, con la venda que la justicia porta en los ojos. En la posición original de Rawls, los individuos son perfectamente intercambiables cuando deciden sobre los principios de justicia. Ninguno influye más que otro⁵. En la imagen clásica de la justicia, su ceguera le impide ver a quién juzga, y eso le obliga a tratarlos igual. De igual modo, en un sistema electoral igualitario es indiferente la identidad de cada votante: es su voto, y no ninguna «razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier

³ Los requisitos para que el sufragio pueda ser considerado igual son algo más complejos, pero con esa sucinta descripción será aquí suficiente. Nos hemos ocupado de la cuestión con más profundidad en URDÁNOZ, J.; *Una teoría del sufragio igual*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

⁴ MAY, K. O.; «A set of independent necessary and sufficient conditions for simple majority decision», *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, 1952, 680-684.

⁵ Rawls habla de «the symmetry of everyone's relations to each other». RAWLS, J.; *A theory of justice. Revised edition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999 [1971], p. 11.

otra condición o circunstancia personal o social», en palabras de la propia Constitución, el único factor relevante de cara al resultado. Por eso es ese voto el que puede ser intercambiado por otro, con independencia de cualquier rasgo personal del votante. Solo así se garantiza que el voto sea igual. Parece desprenderse así que nuestro sistema resulta compatible con el artículo 68.1, algo que no puede predicarse del sistema actualmente vigente. Pueden deslizarse al respecto tres tipos de argumentos.

El primero es un argumento de autoridad. Prácticamente todos los autores que han analizado el sistema electoral español afirman que es desigualitario. Un dictamen que se mantiene incólume desde 1977 hasta nuestros días, y que se repite, análisis tras análisis, de modo indefectible. Se trata de un fenómeno que probablemente no tenga parangón en ninguna otra democracia establecida: la Constitución ordena que el voto sea igual, pero el sistema electoral vigente durante más de cuatro décadas es desigualitario y así lo refrenda toda la doctrina, Consejo de Estado incluido⁶.

⁶ La desigualdad fue denunciada ya antes de la primera aplicación del sistema electoral. V. Tezanos, J. F.; «Esaños para los conservadores», *Cuadernos para el diálogo*, 204 (26 marzo), 1977, pp. 16-18. Desde entonces, la señalan prácticamente todos los autores que han escrito sobre el sistema electoral. Algunas muestras, no exhaustivas, pero quizás sí representativas de esa continuidad temporal, son: MARTÍNEZ CUADRADO, M.; «Bases, principios y criterios para la Reforma de la Ley Electoral», *Revista de Política Comparada*, 6, 1981, p. 42; NOHLEN D. Y SHULTZE, O.; «Los efectos del sistema electoral español sobre la relación entre sufragios y esaños. Un estudio con motivo de las elecciones a Cortes de 1982», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 30, 1985, p. 179; ÁLVAREZ CONDE E. Y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. C.; *Código de Derecho Electoral Español*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 31; FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *Aproximación a la nueva normativa electoral*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 18; p. SANTOLAYA MACHETTI; «Significado y alcance de la LÓREG», *Revista de Estudios Políticos*, 53, 1986, p. 57; VIDAL PRADO, C.; *El sistema electoral español: Una propuesta de reforma*, Eunsa, Pamplona, 1993 p. 203; GARRODENA MORALES, A.; *Representación Política y procesos de confianza en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 10; GARCÍA MORILLO, J.; *La Democracia en España*, Madrid, Alianza, 1996, p. 78; SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.; *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998; SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó.; «Sistema electoral y principio de igualdad de sufragio», en: Pau i Vall, F. (ed.), *Parlamento y sistema electoral. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamento*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi; 1999; LÁZARO RIOL, A.; «Proporcionalidad, territorialidad e igualdad en los sistemas electorales autonómicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, 2000, 219-242; ALARCÓN CABRERA, C. y SORIANO, R.; *Justicia electoral. Un nuevo modelo de elecciones para España*, Almuzara, Córdoba, 2004; GARROTE DE MARCOS, M.; *El ámbito territorial de las elecciones al Congreso de los Diputados en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008; PÉREZ ALBERDI, R.; «Igualdad de sufragio y sistema electoral», *Revista general de derecho constitucional*, 26, 2018, p. 7. Esta imperturbable unanimidad doctrinal con respecto a la desigualdad del sufragio en España la refrendó, como hemos señalado, el propio Consejo de Estado, cuyo *Informe sobre la reforma electoral: Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, dedicaba nada menos que 41 páginas (159-200) a la cuestión.

El segundo es un argumento comparativo. En el Derecho constitucional comparado existen, a partir sobre todo de la Segunda Guerra Mundial, un conjunto de disposiciones –una doctrina internacional, si queremos– que establecen los límites permisibles para la desigualdad del sufragio. Tales límites los fijan normalmente los tribunales constitucionales de cada país, mediante el sencillo expediente de marcar una desviación máxima permitida para la desigualdad en el sufragio. Aquí el voto desigual se concibe mediante el denominado *malapportionment*, que es prácticamente la única categoría mediante la que la Ciencia Política –y, con ella, el derecho constitucional– se han acercado a la cuestión. El *malapportionment* señala las diferencias en el *ratio* «escaños por elector». Se refiere, en el caso de España, a las repetidas denuncias de que, por ejemplo, mientras en Madrid son necesarios 138.940 electores para conformar un escaño, en Soria son suficientes 38.414. Ambos extremos marcan nada menos que una diferencia de 326% (los madrileños tienen un 75% y los sorianos un 301%, calculados ambos porcentajes con respecto a una media nacional que se configura como 100%). Se trata de desviaciones absolutamente desmedidas, que serían declaradas inconstitucionales de inmediato en el resto de las democracias representativas de nuestro entorno, tal y como refleja la siguiente Tabla.

Tabla 4. *Decisiones internacionales sobre sufragio igual*

País	Año	Máximo permisible
Canadá.	1964	25% (35% para «circunstancias extraordinarias») ⁷
Australia.	1973	10% ⁸
Francia.	1985	20% para «casos excepcionales debidamente justificados» ⁹
Italia.	1993	10% (15% en casos con minorías étnicas o culturales) ¹⁰
Reino Unido.	2011	5% ¹¹
Irlanda.	2017	10% ¹²

Este enfoque cristaliza en las recomendaciones de la Comisión de Venecia, que establece que la desviación máxima permitida habrá de

⁷ SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó.; *Op. cit.*, p. 513.

⁸ Commonwealth electoral Act (No. 2) 1973 No. 38 of 1974 – SECT 4 Re-distribution.

⁹ En su decisión CC 85-196 DC, de 8 de agosto de 1985 el Consejo Constitucional consideró excesiva y «no conforme a la Constitución» una desviación de un 213%. V. SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.; *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998, pp. 508-511.

¹⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó.; *Op. cit.*, p. 513.

¹¹ Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 (11, (1), 2).

¹² Constituency Commission Report 2017, Government Publications, Dublin, 2017.

ser de un 10%, ampliable al 15%, un porcentaje que nunca ha de sobrepasarse excepto en determinadas «circunstancias realmente especiales»¹³. A nuestro juicio, estamos ante una perspectiva completamente insuficiente para hablar de «sufragio igual», puesto que lo que se viene a garantizar es, a lo sumo, un «sufragio igualado» (al 5%, al 10% o al 25%, según se decida). Pero, con independencia de ello, lo cierto es que incluso desde tales presupuestos interpretativos, en España el sufragio sería escandalosamente desigual.

El tercer argumento es teórico. Es evidente que, en el sistema electoral español, el sufragio es desigual. Para comprobarlo se ha de ir a las reglas que lo configuran (y no tanto a los resultados concretos que pueda arrojar en una u otra convocatoria, que solo serán, en su caso, la consecuencia de esa desigualdad primigenia). Así, en las últimas elecciones generales celebradas, el *BOE* de la convocatoria¹⁴ recogía que, en Segovia, 119.492 electores habían de enviar 3 diputados al Congreso, lo que matemáticamente implica que 29.873 de tales electores tenían garantizado un escaño si votaban a un mismo partido. Es, en efecto, axiomático e incontrovertible que, si esa cantidad de segovianos se unen en torno a un partido, no hay modo de que otros dos grupos de segovianos los superen en número, por lo que uno de los tres escaños será para ellos¹⁵. Y esa misma convocatoria establecía que, en Madrid, como en toda circunscripción, se necesita un 3% de los votos válidos para adquirir escaño. Ahora bien, un 3% de los electores de Madrid son nada menos que 152.642 personas. Las normas legales vigentes en España tienen así como consecuencia jurídicamente vinculante que 30.000 electores españoles (de Segovia) tienen garantizado siempre y bajo cualquier circunstancia, pase lo que pase, un escaño, y por tanto representación política, mientras que, por otro lado, 150.000 españoles (de Madrid) pueden quedarse sin escaño. Es muy complicado defender que una configuración así no otorga a los españoles un sufragio evidentemente desigual¹⁶.

¹³ Comisión De Venecia, «Opinión núm. 190/2002. Código de buenas prácticas en materia electoral, directrices e informe explicativo, aprobado por la Comisión en su 52.º período de sesiones», Venecia, 18 y 19 de octubre de 2002, p. 19.

¹⁴ Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

¹⁵ Se trata de la denominada «cuota Droop», que equivale a $100/(\text{número de escaños} + 1)$ y que garantiza siempre un escaño. Droop, Henry Richmond, «On methods of electing representatives», *Journal of the Statistical Society of London*, 44, (2), 1881, pp. 141-202.

¹⁶ El tercer argumento (teoría) y el primero (doctrina) coinciden, como es lógico, prácticamente siempre. La única excepción que conocemos la protagoniza Landelino Lavilla, que defendió que en España el sufragio es igual debido a que todos los electores tienen un único voto: «el voto es igual si todos y cada uno de los ciudadanos tiene derecho a uno y solo a uno». LAVILLA ALSINA, L.; *Una historia para compartir: al cambio por la reforma (1976-1977)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, p. 237. Se trata de una tesis muy endeble cuando se atiende al evidente contenido normativo que encierra la expresión «voto igual». La cuestión no es que todos tengamos un solo

3.2 Circunscripción provincial

Tanto en nuestro sistema como en el vigente se cumple por igual el mandato constitucional que señala que «la circunscripción electoral es la provincia» y que «las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado». En ambos, los 350 diputados electos lo son por una circunscripción, de tal modo que todos pueden decir de sí mismos que son diputados «por Navarra», por «Madrid» o por «Ceuta»¹⁷. Los partidos solo pueden presentar listas en las 52 circunscripciones que la Constitución señala y, lógicamente, solo en ellas pueden los electores emitir sus votos. No parece haber duda, así, de que tanto en la primera acepción que al término le da el Diccionario de la Real Academia («acción y efecto de circunscribir»), como en la segunda («división administrativa, militar, electoral o eclesiástica de un territorio») la *circunscripción* es en ambos sistemas la provincia, con el añadido de Ceuta y Melilla.

3.3 Representación mínima

También nuestro sistema distribuye «el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población». Los actos segundo y tercero del sistema –el reparto intrapartidista y la doble cláusula– satisfacen ambas condiciones. No hay ninguna circunscripción que no vea elegido al menos uno de los candidatos que se presen-

voto, sino más bien que todos influyamos por igual en el resultado, algo que solo la condición de la intercambiabilidad garantiza. Dos ejemplos de nuestro entorno deberían bastar como demostración de todo ello. El primero es el «voto de calidad» del presidente del Tribunal Constitucional. Los doce vocales de tal Tribunal tienen un voto y solo uno, pero es evidente que el voto de calidad del presidente no es «igual» al de los otros once vocales. El segundo es el del voto del Rey Juan Carlos I al Senado en las elecciones de 1977. El Rey se arrogó entonces la facultad de elegir a 41 senadores. Su voto fue único –en el sentido de que, en efecto, solo tenía uno (un voto que consistía en una lista con 41 nombres, que quedaban inmediatamente elegidos de acuerdo a las reglas del sistema electoral)– como lo fue el de los millones de españoles que votaron también en esa elección (y que presentaron, cada uno de ellos, una lista con un máximo de tres nombres, que podían o no salir elegidos). Establecer que el Rey y los demás españoles gozaban de un «sufragio igual» en la elección de ese Senado debido a que todos tenían «un voto y solo uno» viola el contenido más elemental de la intuición democrática que está en la base de la idea de soberanía popular, una intuición para la que la igualdad en el voto resulta consustancial.

¹⁷ Esta afirmación puede resultar –y a nuestro juicio resulta– políticamente muy discutible. En la mayoría de los casos es cristalino que los diputados del Congreso no representan a «Teruel» o «a Pontevedra», sino más bien «al PSOE», «al PP», «a PODEMOS», etc. Los conocidos como «paracaidistas» o «cuneros» son tan solo una consecuencia extrema de esta circunstancia. Pero esta apreciación, subjetiva, sobre el vínculo *político* que une al representante con la circunscripción nada tiene que ver con el hecho, objetivo, de que, *electoralmente*, los 350 diputados han sido, tanto en el sistema actual como en el nuestro, designados en su circunscripción.

tan en sus listas, de tal modo que todas reciben siempre «una representación mínima inicial».

Es interesante observar la diferente importancia que, en nuestro sistema, y en especial en lo que hemos denominado su «cláusula doble», se concede a cada uno de los mandatos constitucionales. Inicialmente, de modo intuitivo, parece evidente que la «representación mínima» de la que habla la Constitución la ha de ostentar el candidato más votado de la circunscripción. Eso es, de hecho, lo que asume la primera parte de la cláusula. Como hemos visto, para las elecciones de 2019 la cláusula hubiera operado así en 11 ocasiones (9 provincias, Ceuta y Melilla). Sin embargo, tal asunción podría conducir a que, tal y como hubiera ocurrido con Teruel Existe, en determinados casos las consecuencias fueran anticonstitucionales.

Si otorgamos un escaño a Teruel Existe, en efecto, no se cumpliría el mandato del 68.1 que ordena que los 350 diputados sean elegidos «por sufragio igual». Uno de tales diputados –en este caso concreto, Tomás Guitarte, el número 1 de la lista– habría resultado elegido por apenas 20.000 votos. Es evidente que tales votos no se podrían intercambiar con el resto. De hecho, si fuera así y por tanto todos los ciudadanos españoles pudiéramos lograr un escaño con 20.000 votos, entonces el Congreso tendría unos 1.200 escaños. Por eso se asume que asignar «una representación mínima inicial a cada circunscripción» no ha de interpretarse indefectiblemente –ni, por lo demás, en ningún apartado constitucional se encontrará esa exigencia– en el sentido de que haya de ser el candidato más votado de la circunscripción el que ostente tal representación. Especialmente si el problema que se plantea con respecto a tal candidato consiste nada menos en que otorgarle escaño supondría vulnerar el principio del sufragio igual del resto de los españoles. En esta interpretación, Teruel –y cualquier circunscripción en una tesitura semejante– recibiría su «representación mínima inicial», siempre garantizada, en la persona de su segundo candidato más votado, o del tercero, o del que fuere menester para no lesionar la igualdad del sufragio de todos los españoles. Todos los ciudadanos de Teruel estarían representados por tal candidato en el Congreso y, a la vez, los 350 escaños habrían sido elegidos por sufragio igual. Una disposición de cosas, a nuestro juicio, mucho más respetuosa con la letra de la Constitución que la actualmente vigente¹⁸.

3.4. Representación proporcional

El artículo 68.3 reza que «la elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional». De

¹⁸ No ha de olvidarse, por lo demás, que los votantes de Teruel Existe estarían representados en el Senado –la Cámara a la que la Constitución atribuye la «representación territorial» en el Parlamento– nada menos que por dos senadores.

nuevo en nuestro sistema tal cosa se cumple escrupulosamente. Es una fórmula proporcional –D’Hondt, en nuestro ejemplo, si bien podría adoptarse cualquier otra– la que reparte los escaños entre los candidatos. Y tal reparto se verifica «en cada circunscripción», como demuestra el hecho de que los 350 diputados se presentan a las elecciones en listas de provincia (o, en su caso, de Ceuta y Melilla).

4. ZAPATOS DE GARCÍA AMADO Y PALAS DE WITTGENSTEIN (A MODO DE FINAL ABIERTO)

Como se habrá observado, la principal novedad que incorpora el sistema electoral igualitario consiste en que interpreta el término «circunscripción» de un modo diferente al habitual, un modo que resulta perfectamente compatible con la letra del texto constitucional –puesto que en ningún momento la contradice o violenta– y que, además, torna posible la igualdad en el sufragio. Aunque este no es el lugar para profundizar sobre la cuestión de la fundamentación y de la interpretación jurídica, podemos seguir aquí a García Amado y su defensa de la teoría lingüística, que a su juicio ha de prevalecer frente a la voluntarista y la axiológica. Así,

(...) los significados que en la interpretación cabe asignar a los términos legales vienen delimitados por el uso, de modo que a un término legal absolutamente determinado y unívoco, con arreglo a su uso social, no se le puede atribuir ningún significado que desdiga de tal uso unívoco, y a los términos legales que adolezcan de vaguedad se les podrá otorgar cualquiera de los significados que encajen en los márgenes de permisibilidad con arreglo a tal uso, pero nunca uno que vaya más allá de ese límite. Por ejemplo, si interpretamos el término «gafas», podremos preguntarnos si su referencia en el enunciado en que se integra abarca cosas tales como las gafas de buceo o las gafas de soldador, y la respuesta podrá ser positiva o negativa, pero nunca será admisible entender que de su referencia forma parte un libro, un zapato o una corbata¹⁹.

¹⁹ GARCÍA AMADO, J. A., «La interpretación constitucional», *Revista jurídica de Castilla y León*, 2, 2004, 35-72, p.67. Luego añade que «esta concepción lingüística es la requerida en un sistema jurídico democrático, basado en la soberanía popular a través del principio de representación, y organizado a partir de la idea de separación de poderes, con lo que implica de posibilidad de control entre poderes y de eliminación de la arbitrariedad no susceptible de ningún control. Lo cual, al tiempo, es tanto como afirmar que esta es la concepción de la interpretación que mejor se adapta, por no decir la única que se adapta, a los valores inspiradores de los actuales ordenamientos constitucionales, valores que tan a menudo se invocan, en la teoría y en la práctica, para desactivar y boicotear desde dentro el propio orden constitucional que se dice defender». *Ibid.*, p. 69. Existen otras teorías de la interpretación y esta es, como hemos dicho, una cuestión especialmente compleja en la que aquí no procede profun-

Esta prevalencia de lo lingüístico no se ve modificada cuando el texto a interpretar es la propia Constitución. De hecho, lo que ocurre más bien es que en este caso es mayor el grado de indeterminación, «con términos y expresiones de elevada vaguedad, con abundantes proclamaciones genéricas de fines y valores, etc.», lo cual «se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa y se convierte en la ventaja de una especial aptitud de muchas cláusulas constitucionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo»²⁰. De acuerdo a ello, en lo que sigue vamos a ofrecer un conjunto de reflexiones fragmentarias relativas a las posibilidades que abre la constitucionalidad del sistema electoral que proponemos aquí. Las denominamos «fragmentarias» porque se introducen como apuntes de urgencia, lanzados sin mayor introducción ni contexto, en relación con cuestiones que requerirían sin duda de un tratamiento mucho más extenso, que sin embargo aquí solo podrá quedar apuntado. Son estas.

4.1 Lexicografía y olvido

Rawls utilizó la expresión «orden lexicográfico consecutivo» para referirse a «un orden que nos exige satisfacer el primer principio de la serie antes de que podamos pasar al segundo, el segundo antes de que consideremos el tercero y así sucesivamente. (...) Un ordenamiento serial evita así tener que equilibrar principios; los situados anteriormente tienen un valor absoluto, por así decirlo, con respecto a los que le siguen, y se mantienen sin excepción». De acuerdo a esta composición de lugar, a nuestro juicio la igualdad del sufragio, recogida en el 68.1, mantiene una relación lexicográfica con respecto a la declaración del 68.3 que establece que la circunscripción es la provincia y que los escaños han de repartirse de una determinada manera. De tal modo, en caso de incompatibilidad entre ambos habría de ser el 68.3 el que se viera preterido frente a la absoluta preeminencia del 68.1.

Recordemos a García Amado: si la Constitución dice «gafas», no vale interpretar «zapatos» ..., pero eso ha sido lo que ha ocurrido con respecto al sufragio. La letra dice «sufragio igual», pero en realidad desde 1978 hemos tenido, y tenemos todavía, sufragio desigual. Uno, de hecho, de los sufragios más desiguales de todas las

dizar. Puede verse al respecto CABRERA, C. A. y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, 2011. Para el caso concreto de los textos constitucionales, GUASTINI, R. «La interpretación constitucional», *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Doctrina Jurídica, Vol. 3, 2015, pp. 2011-2086.

²⁰ *Ibid.*, p. 62.

democracias del planeta o, si queremos, un zapato en toda regla²¹. No es exagerado decir que la garantía del sufragio igual configura una así de las estipulaciones constitucionales más olvidadas de toda nuestra historia democrática, si no la que más. A efectos prácticos, todo ha ocurrido como si en el 68.1 no pusiera, negro sobre blanco, «sufragio igual». Tal expresión constitucional ha carecido de cualquier efecto jurídico: si no hubiera aparecido en la Constitución, nada habría cambiado.

4.2 Excepcionalidad, modulación, justificación y huida

La reflexión anterior parte de una determinada interpretación del texto constitucional (según la cual el 68.1, por un lado, y el 68.2 y el 68.3, por otro, resultan incompatibles) y de una consideración normativa (prevalencia absoluta del 68.1). La estrategia habitual ha consistido, sin embargo, en negar la incompatibilidad. Aquí, de modo muchas veces no explicitado *avant la lettre*, se han dado la mano hasta tres recursos.

El primero ha sido la huida. No hay, hasta la fecha, ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que haya entrado al fondo del asunto. Todas las cuestiones relacionadas que ha tratado se han configurado siempre en términos de proporcionalidad de los resultados, no de igualdad del sufragio²². La única excepción a esta tendencia ha sido la STC 19/2011, que sin embargo no afecta al sistema electoral del Congreso, sino a uno autonómico²³. Esta fuga o vacío es a la vez causa y

²¹ España tiene uno de los sistemas electorales más desigualitarios de entre todas las democracias del planeta. De acuerdo a un estudio del año 2001 (SAMUELS, D. y SNYDER, R.; «The value of a vote: Malapportionment in comparative perspective», *British Journal of Political Science*, 31, 2001, 651-671), España era, de setenta y ocho democracias, la decimosexta por la cola en 2001, pero desde entonces varias de las democracias de ese *grupo escoba* han modificado sus disposiciones electorales y son ya mucho más igualitarias que España. De acuerdo a otro estudio más reciente (ONG, K.-M., KASUYA, Y. y MORI, K.; «Malapportionment and democracy: A curvilinear relationship», *Electoral Studies*, 49, 2017, 118-127), estamos en el puesto 136 de 160 países, pero es que tales 160 países son 7 autocracias, 51 anocracias y solo 82 democracias. Así, es probable que seamos uno de los países democráticos con el sufragio más desigual del mundo, si no el que más. Si eso no es un *zapato*, nada lo es.

²² Un resumen de tales sentencias se encontrará en las páginas 178 ss. del *Informe del Consejo de Estado*, ya citado, del año 2009.

²³ La argumentación que despliega en esta sentencia el Tribunal se basa en el hecho de que, en su artículo 152, en el que configura el sistema electoral de las Comunidades Autónomas, la Constitución: *a*) en ningún momento habla de «sufragio igual»; y *b*) ordena que el sistema electoral ha de asegurar «la representación de las diversas zonas del territorio». Por ello, no cabe aducir –como hacían los demandantes– que, en el sistema electoral de Castilla la Mancha, los electores reciben un voto desigual de acuerdo a la provincia en la que residen, puesto que tal cosa no entra en colisión con el texto constitucional. Obsérvese que ni *a*) ni *b*) parecen poder alegarse en el caso de la regulación constitucional del sistema electoral del Congreso, sino más bien al contrario, puesto que ahí: *a*) se ordena explícitamente que el sufragio sea

consecuencia *práctica* de la inexistencia *jurídica* del sufragio igual mencionada antes: si no hay problema político, tampoco lo hay constitucional, y viceversa.

El segundo recurso ha consistido en una suerte de disolución del problema. Se afirma que no hay contradicción alguna, y que lo que ocurre es que el derecho al sufragio igual se modula hasta hacerse compatible con los condicionantes establecidos en la Constitución para el reparto de escaños entre los electores. El problema de esta estrategia proviene de la propia textura semántica de la expresión «sufragio igual»: si se reparte cierta entidad y se hace de forma *modulada* –a unos más, a otros menos– no se puede afirmar, a la vez, que se está repartiendo a todos una cantidad «igual». No, al menos, sin saltar por encima del mismísimo principio de no contradicción²⁴.

El tercer expediente, por su parte, no es otra cosa que la consecuencia lógica e inevitable del anterior, y consiste en la justificación de la modulación: se aportan razones por las que la desigualdad en el sufragio no resultaría irrazonable, arbitraria o discriminatoria. Con independencia de que tal recurso implica ya, en su mera formulación, el reconocimiento de la desigualdad en el sufragio, también las razones que se suelen aportar aquí merecerían un detenimiento mayor. Las mismas se avienen a considerar legítimo o justificado el sufragio desigual en base a consideraciones *territoriales*: las provincias pequeñas, se alega, deben ser sobrerrepresentadas para no quedarse sin voz. Pero una argumentación de ese tenor habría de enfrentar algunas objeciones que, en orden ascendente de importancia, podrían resumirse como sigue.

En primer lugar, y desde un punto de vista constitucional, ya hay una Cámara territorial, el Senado, luego no acaba de verse la razón por la que se habría de volver a enarbolar la razón territorial para la otra cámara representativa, siendo además patente que en ella se recoge de modo explícito el sufragio igual para la elección de *todos sus miembros*, mientras que tal cosa no se hace en el Senado, lo que debería marcar una diferencia obvia. Es incuestionable, creemos, la coherencia de este argumento desde una interpretación sistemática del texto constitucional. Por lo demás, merece la pena señalar que la estrategia interpretativa en la que se basa toda nuestra propuesta no

igual; y *b*) no sólo no se habla de territorios, sino que se configura otra cámara, el Senado, para «la representación territorial». En definitiva, con respecto a la compatibilidad del actual sistema electoral con los derechos que garantiza el 68.1, seguimos inmersos en el silencio: el TC nunca se ha pronunciado. Pueden consultarse, con respecto a la sentencia señalada, MARÍN, T. V.: «De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: comentario a la STC 19/2011», *Parlamento y Constitución*. Anuario, 14, 2011, 257-268; y, para una visión más crítica, URDÁNIZ GANUZA, J.; *op. cit.* (2021), pp. 101 ss.

²⁴ Nos hemos ocupado de ello en URDÁNIZ GANUZA, J.; «¿Una antinomia constitucional? El sufragio (des)igual en la Constitución de 1978», *Teoría y realidad constitucional*, 45, 2020, 353-378 p. 374 ss.

tendría cabida alguna para el Senado, puesto que los términos del 69.2 («en cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica») no dejan margen alguno. Ese impedimento *literal* de la concreta formulación lingüística del 69.2 para el Senado atesora la enorme virtud hermenéutica de iluminar, como por contraste, la plena pertinencia de la interpretación que aquí presentamos para el 68 y el Congreso.

En segundo lugar, desde un punto de vista normativo, la razón alegada carece –cuando se profundiza en ella– de un criterio moral subyacente que pueda fundamentarla. La partitura, interpretada por primera vez durante el último debate de las cortes franquistas, solicita que «la España doliente (...) sometida al subdesarrollo o al subdesarrollo relativo en materia socioeconómica en comparación con otras provincias, no tenga ahora el castigo del subdesarrollo político, y que no haya provincia de España, por pequeña que sea, que no tenga garantizado un número de (...) [diputados] que asegure su voz, porque aquí donde se discuten las leyes, esa voz será necesaria para lograr el equilibrio territorial»²⁵. Pero a la vista está que tal argumentación confunde el hecho de que una provincia sea pequeña con el hecho de que sea pobre. El argumento moral que podría fundamentar, en su caso, una discriminación positiva –esto es, la pobreza o el subdesarrollo– se sustancia, de modo contradictorio, en el tamaño de la población. Una articulación que no se encuentra avalada por los datos, pues resulta evidente que hay provincias pequeñas –Álava es el mejor ejemplo– que se sitúan entre las más ricas de España, y que, con todo, se ven extraordinariamente sobrerrepresentadas²⁶.

Por último, y ya desde un punto de vista filosófico-teórico, incluso aunque fuera el criterio económico, y no el poblacional, el que pasara a primer plano y se articulara como pauta de distinción a la hora de dotar de más peso a ciertos sufragios (una circunstancia que, por lo demás, obligaría, por mor del principio de coherencia, a todos sus defensores a privilegiar el sufragio de los más desfavorecidos económicamente en *todos* los ámbitos en los que el concepto de representación política hace su aparición: municipal, autonómico, sindical, económico, educativo, etc., en un corolario que dudamos que abrazaran muchos de los que ahora enarbolan sin reparo la actual sobrerrepresentación).

²⁵ La frase es del procurador franquista Martínez Esteruelas. Citada en MONTERO GIBERT, J. R. y PEÑA LAGO, I. L.; «Todavía no sé quienes, pero ganaremos: manipulación política del sistema electoral español», *Zona abierta*, 110, 2005, 279-348, p. 294.

²⁶ Álava es la segunda provincia más rica de España de acuerdo a su PIB per cápita. V. Instituto Nacional de Estadística, Contabilidad Regional de España, Base 2010, Serie 2010-2017. Disponible en <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t35/p010/base2010/10/&file=02001.px> (consultado 27/3/2021). Sobre decir que Álava no es, ni mucho menos la única incoherencia en la relación población/desarrollo económico.

sentación de las provincias pequeñas) no resulta ni remotamente pacífico –por mucho que intuitivamente a muchos nos parezca seductor por su incontestable atractivo moral en términos de justicia social– que el fundamento normativo de la denominada «discriminación positiva» pudiera alegarse frente al mismísimo principio del sufragio igual, pues no estaría, en tal caso, en absoluto claro quién se ha arrogado el derecho a (o la soberanía de) decidir unilateralmente la pertinencia de tal fundamento. Si ha sido el *demos* y lo ha hecho mediante un voto igual, no hay caso; si, por el contrario, ha sido o bien otra instancia, o bien el *demos* con voto desigual, difícilmente podrán apelar para sí ni el uno ni la otra legitimidad democrática alguna. Con el sufragio igual, del que por algo suele decirse que *funda* la misma idea de democracia (o, en los términos al uso en nuestro constitucionalismo, que es un derecho *fundamental*), ocurre un poco como como con la roca de la que hablaba Wittgenstein, que hacía que su pala filosófica se doblara: no se puede cavar más²⁷.

4.3. Compatibilidad e internacionalidad

Lo que el sistema igualitario propuesto aquí logra es hacer compatibles el voto igual y la circunscripción provincial. Para ello reinterpreta la idea de circunscripción, no la del sufragio igual. No se trata, desde un punto de vista comparado, de una interpretación novedosa, puesto que la misma se encuentra ya plenamente asumida en países de nuestro entorno, muy señaladamente en Suecia y en Alemania. La constitución del país nórdico cita hasta en diecisiete ocasiones el vocablo «circunscripción». En todas ellas de modo completamente equiparable al modo mediante el que la Constitución española

²⁷ «Si he agotado los fundamentos, he llegado a roca dura y mi pala se retuerce. Estoy entonces inclinado a decir: «Así simplemente es como actúo»». WITTGENSTEIN, L.; *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988 [1953], aforismo 217. En ese sentido, así es, simplemente, como la democracia actúa: dando igual voz a todos en la decisión colectiva. Por ello, una pirueta filosófico-institucional como la apuntada –anteponer determinados criterios morales para conceder a los ciudadanos un sufragio desigual– podría justificarse, en todo caso, desde alguna u otra Teoría de la Justicia, pero nunca desde ninguna Teoría de la Democracia. E incluso esa estrategia –anteponer lo (que uno estime) justo a lo democrático– encontraría considerables problemas en su mero despliegue conceptual. No está de más recordar que el mismo Rawls, al describir la posición original en la que descansa toda su teoría de la justicia, da por hecho la igualdad del voto entre los individuos semivivos que la protagonizan. En ningún momento siente la necesidad de justificarla, como si sencillamente estuviera ahí, cimentando, como la roca de Wittgenstein, todo el edificio de la justicia: «they are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of *equality* as defining the fundamental terms of their association». V. RAWLS, J.; *A theory of justice. Revised edition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999 [1971], p. 10, cursiva nuestra.

cita a su vez el término. Pero la norma fundamental sueca dice, además, lo siguiente:

«The adjustment seats are distributed among the parties in such a way that the distribution of all the seats in the Riksdag (...) is in proportion to the total number of votes cast throughout the Realm for the respective parties participating in the distribution of seats»²⁸.

Se trata, como puede verse, de un mandato de proporcionalidad. Un mandato que trastoca los resultados electorales de todas las circunscripciones territoriales y lo torna proporcional con respecto a los totales partidistas del país²⁹. Este mandato de proporcionalidad de los resultados se superpone a la comprensión clásica del vocablo «circunscripción» y la modula, haciéndola compatible con el contenido del mismo. Del mismo modo, cabe afirmar que el 68.1 de la Constitución española introduce igualmente un mandato, si bien no de proporcionalidad, sino de igualdad: los 350 escaños han de ser elegidos por sufragio igual. Es ese mandato, carente hasta la fecha de todo efecto jurídico, el que, en todo caso, habría de modular de un modo u otro los artículos relativos al reparto circunscriptivo. Esto es, en caso de conflicto, habrían de ser las cuestiones circunscriptivas, y no el derecho al sufragio igual, las que en su caso tendrían que verse modificadas en uno u otro sentido.

Con todo, una de las propiedades más valiosas del sistema propuesto consiste en que las circunscripciones siguen siendo las provincias, Ceuta y Melilla. Aquí el modelo es el sistema alemán. Tal sistema, que no ha sido especialmente bien entendido en ocasiones, suele describirse en dos tiempos, de acuerdo a los dos votos que permite al elector. Pero lo cierto es que no son dos, sino tres, los actos en los que tiene lugar, ya que el primer voto (el segundo voto, que configuraría el tercer acto, no nos interesa aquí) se desdobra a su vez en dos movimientos. El primero de tales movimientos (primer acto) es conocido: se reparten los escaños a los totales partidistas. El segundo (segundo acto) suele pasar desapercibido. En Alemania los 16 *länder* se configuran como circunscripciones electorales intrapartidistas. Como ocurre en nuestro sistema con las 52 circunscripciones españolas, allí los escaños ganados por cada partido se han de repartir en proporción a los votos que tal partido haya conseguido en las diferentes listas de *Länder*³⁰. Es esta comprensión de los *Länder* como «circunscripción» la que puede apli-

²⁸ Artículo 8, título III. Citamos de la traducción oficial de la constitución de Suecia al inglés: *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Sveriges Riksdag, Stockholm, 2016.

²⁹ Una excelente y brevísima –un folio– descripción del sistema electoral sueco se hallará en: https://www.math.kth.se/wem/swedish_election_system_in_brief.pdf. El sistema se describe también en PENADÉS, A.; *La reforma electoral perfecta*, Los Libros de la Catarata, 2016.

³⁰ PRADO, C. V.; *El sistema electoral alemán y su posible implantación en España*, Tirant lo Blanch, 2012

carse, para las 52 circunscripciones que la Constitución establece, al sistema electoral del Congreso, salvando así tanto la igualdad del sufragio del 68.1 como la configuración circunscriptiva del 68.2 y del 68.3. Tal interpretación, por lo demás, probablemente sea susceptible de internacionalizarse en buena medida, puesto que España no es ni mucho menos el único país en el que la interpretación clásica del término «circunscriptión» impide la consecución plena del sufragio igual³¹.

4.4. Juridicidad y politología

Charles Baker inició en los años 60 del siglo pasado una demanda judicial en el condado de Shelby, Tennessee. Su problema era idéntico al problema de millones de españoles: vivía en un territorio urbano brutalmente infrarrepresentado frente a zonas rurales. La demanda que interpuso llegó hasta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en lo que después se conoció como la «revolución del *reapportionment*», acabó dándole la razón. Durante las décadas siguientes, todo el escenario electoral estadounidense fue reformado de raíz. Se modificaron miles y miles de distritos, trastocando en buena medida toda la representación política resultante³². Todo porque un Tribunal independiente estimó que era Baker –un ciudadano aislado– quien tenía razón frente a todo el *establishment* político. Es un ejemplo perfecto de cómo funciona la esencia de esa construcción jurídico-moral que denominamos «Estado de Derecho» –primero los principios, lo dogmático; luego, y sin poder nunca vulnerarlos, la organización, lo orgánico– y lo es también de cómo funciona la perspectiva jurídica –no partidista– en lo relativo a la aplicación de las leyes³³.

³¹ ¹⁶ Estados de los 27 de la Unión Europea incluyen el sufragio igual en su constitución: Alemania, artículo 38.1; Austria, 23(a).1; Bulgaria, 10; Croacia, 45.1; Eslovenia, 43; Eslovaquia, 30.3; España, 68.1; Finlandia, 25; Francia, 3; Hungría, 2; Italia, 48; Lituania, 55; Polonia, 96; Portugal, 10; Rumanía, 62.1; Suecia, Cap.1.1. También en Latinoamérica muchos países enfrentan un problema similar. V. REYNOSO, D., *Votos ponderados: sistemas electorales y sobrerrepresentación distrital*, FLACSO, México, 2004.

³² COX, G. W. y KATZ, J. N.; *Elbridge Gerry's salamander: the electoral consequences of the reapportionment revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2002.

³³ El fundamento constitucional que el Tribunal Supremo esgrimió –la «equal protection of the laws» de la decimocuarta enmienda– resulta, por lo demás, considerablemente menos sólido desde un punto de vista jurídico que el que ofrece la Constitución española en su 68.1, que habla específicamente de «sufragio igual». También en Alemania es habitual que el Tribunal Constitucional Federal enmiende la plana al legislativo en cuestiones electorales. V. VÁZQUEZ LAPUENTE, M. y JIMÉNEZ SERAL, P.; «El nuevo modelo de reparto de escaños en el sistema electoral alemán», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 7, 2014, 108-125. En España, por contraste, y a pesar de que incluso uno de los padres de la Constitución de 1978 dejó escrito que «la Ley electoral es preconstitucional y se mantiene hoy con los mismos esquemas conceptuales [de 1977]», el

Además de tal perspectiva jurídico-constitucional, que es la que creemos relevante aquí, existe otra mirada, la politológica, que no atiende tanto a derechos como a efectos. También desde esa mirada creemos que nuestro sistema presenta evidentes ventajas con respecto al actual. Esto es, también creemos que no solo es democrática y constitucionalmente exigible, sino además institucionalmente preferible. Pero esa es otra historia, y ha de ser contada en otra ocasión³⁴.

Tribunal Constitucional, como hemos visto, nunca ha tenido la oportunidad de pronunciarse. V. Peces-Barba, G. *El respeto al pacto social*, El País, 13/11/2007, p. 12.

³⁴ Aunque no debería ser necesario recordarlo, la citada perspectiva jurídica –que en el caso de la Constitución española recogen los artículos 1.1, 9.2, 14 y 68.1– es la plasmación constitucional de un acuerdo que ha adquirido naturaleza universal al incluirse el sufragio igual en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (art. 21.3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 25.2). Una universalidad jurídica, por lo demás, que no hace sino reflejar algo parecido a un consenso filosófico y teórico sobre la naturaleza de las voces «justicia» y, sobre todo, «democracia». Aunque la literatura es inabarcable, citaremos al menos a Robert Dahl y su principio de igualdad intrínseca, a Ronald Dworkin y su principio de igualdad de consideración y trato (*equal concern*), a John Rawls y su principio de imparcialidad (*fairness*) entre ciudadanos libres e iguales; y a Jürgen Habermas y su principio de igual consideración de los intereses de todos los afectados. V., respectivamente, DAHL, R. A.; *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956; DWORKIN, R.; *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; RAWLS, J.; *op. cit.*; HABERMAS, J.; *Teoría de la Acción Comunicativa / I, Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, Madrid, Taurus, 1987. Desde la *isegoría* griega hasta el actual sufragio igual, en democracia la igualdad en la voz de la ciudadanía sencillamente (por decirlo de nuevo con Wittgenstein) no se pone en duda.

II

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BALLESTEROS, Jesús: «Domeñar las finanzas, cuidar de la naturaleza», València: Tirant Humanidades, 2021

Tengo entre mis manos el último y muy reciente libro del filósofo jurista Jesús Ballesteros, que acaba de publicarse en Tirant Humanidades en colaboración con la Universidad Católica de Valencia, en una muy elegante y cuidada edición. El libro es una recopilación de artículos posteriores al año 2010, más algunas excepciones: hay un pequeño grupo de artículos de fechas algo más lejanas, y asimismo se incluye como capítulo un libro íntegro del profesor valenciano, *Ecologismo personalista*. El conjunto del libro constituye una gran obra, cuyos aspectos más remarcables trataré de ir recogiendo en este breve espacio.

Un primer aspecto llamativo de esta obra es que, siendo una recopilación de artículos, no da en demasía la impresión de serlo. Me explico: es evidente que, al saltar de capítulo a capítulo, se cierra una sección y se abre otra. Es inevitable percibir que los textos no fueron pensados para ir hilvanados en una unidad argumentativa mayor, como la propia de un ensayo unitario. Pese a ello, salta a la vista, a la vez, una gran coherencia temática. Teniendo en cuenta que el contenido de esta publicación *no fue pensado como libro*, tiene un marcado *carácter de libro*. Y esto no es nada fácil.

Y se vuelve especialmente difícil si tenemos en cuenta que los artículos no hablan de un mismo tema. Mejor dicho: una mirada rápida podría inducir a la confusión de que no hablan de un mismo tema. Listando sus temáticas en *tags*, tenemos capítulos sobre economía, sobre ecología, sobre trans- y post-humanismo, y además en ellos se entremezclan reflexiones sobre (al menos) temáticas de filosofía de la tecnología y fundamentación del Derecho y los derechos. ¿Tienen estas cuestiones alguna relación? La tienen si uno profundiza lo suficiente, cosa que el profesor Ballesteros hace.

Porque sí, el libro demuestra una honda coherencia. Está todo él atravesado por una profunda reflexión antropológica: en concreto, todos los artículos modulan la idea de la existencia humana atravesada por unos límites que la realidad impone, y el riesgo enorme que se corre al no respetarlos.

Ballesteros considera al ser humano como «ser-ahí», como ser que tiene capacidad de abrirse a la realidad. Esta capacidad de abrirse a la realidad se une a la capacidad de trabajarse a sí mismo, de ir haciéndose: el ser humano se realiza a través de su *praxis*, de su acción, pero eso es por su naturaleza, porque *es de determinada manera*. Es decir, el ser humano *ya es algo*, tiene

una naturaleza que debe respetar, pero a la vez no es *algo acabado*. Por su naturaleza tiene ciertos límites, y por su condición de inacabado tiene capacidad de realizarse encarrilando su acción en un sentido u otro, lo que conlleva la responsabilidad. De esta manera, combinamos la libertad humana con los límites, límites que impone el respeto al entorno natural y a los derechos de los otros. El ser humano puede romper dichos límites con su acción irresponsable, pero esto tiene unos efectos. Y del análisis de esa rotura del límite, y sus consecuencias, es de lo que podemos resumir trata este libro.

Una distinción típica en Ballesteros es aquella según la cual hay límites que pertenecen a la realidad, y que hay que aceptar con espíritu humilde y agradecido, y límites nacidos de la arbitrariedad humana, contra los que hay que luchar. De esto se deriva otra distinción ballesteriana: los seres humanos son iguales de base, pero llenos de «diferencias», que forman parte de la existencia: un tipo de cuerpo u otro constituiría una «diferencia» en ese sentido. Estas diferencias, no pueden ser confundidas con los límites nacidos de la arbitrariedad humana, que el profesor valenciano caracteriza como «desigualdades». Ballesteros propone construir un mundo de igualdad en la diferencia, denunciando, en un juego de palabras que es más bien un juego de ideas, que la actual tendencia humana generaliza tanto la indiferencia (el otro no nos conmueve, no nos mueve a compasión –más bien, su *otredad* es vista como amenaza–) como la desigualdad (económica y social).

Volviendo a esa distinción entre el límite ontológico y aquel límite construido e impuesto por la sociedad, podríamos decir que, en Ballesteros, ni se puede aceptar un sistema político injusto, ni puede haber rebelión contra lo que es simplemente un rasgo de la naturaleza humana, por ejemplo, la condición de ser mortal. Paradójicamente, la rebelión contra los límites naturales conlleva una mayor indefensión frente a las injusticias nacidas del constructo humano. El transhumanismo, por ejemplo, implica una rebelión contra la condición mortal del hombre, y a la vez encuentra un fuerte apoyo financiero por parte de la ideología económica que celebra la pura acumulación, la ausencia de límite.

Rebelarse contra la tiranía del deseo irrealista; a la vez que amamos, cuidamos y respetamos lo dado por la *ex-sistencia*: esa podría ser una traducción ampliada del título de este libro. El título habla de domeñar las finanzas, sí, pero no olvidemos que son lo predominante en la economía especulativa, nacida del deseo, el juego y la irresponsabilidad, y que es por ello que han de ser «atadas en corto». En el sentido en que las finanzas suponen una economía no basada en la productividad del trabajo humano transformando las cosas, sino en la especulación irresponsable a partir del deseo abstracto, podemos decir que, en la expresión «domeñar las finanzas», aquello a domeñar es realmente dicho deseo humano abstracto. Este tipo de deseo, efectivamente, y en contraposición al concepto de «necesidad humana», domina actualmente el panorama económico.

Esa necesidad de domeñar lo financiero por su base en el deseo irreal (las necesidades se colman, los deseos siempre pueden re-transformarse), se interrelaciona con el cuidado de la Naturaleza. No solo se contraponen una cuestión a la otra, sino que ambos conceptos se precisan recíprocamente: domamos el deseo que impulsa la actual *hybris* financiera por respeto a la Naturaleza, o bien buscamos el dominio de Naturaleza para saciar dichos deseos, que no admiten barrera moral. Es decir, en el segundo caso, los deseos humanos no son sometidos previamente a un examen ético que intente legitimarlos, separando los adecuados de los inadecuados, porque el deseo

se legitima por ser, por existir. Reivindicar el respeto a la Naturaleza es señalar que no puede ser atropellada por esos deseos abstractos, sino que hay una frontera en la que hay que parar: los límites en la propia estructura de la persona y su natural sociabilidad, los límites en la relación con el cuerpo (que paradójicamente *poseemos* a la vez que *somos*), los límites en la relación con nuestro entorno.

Naturaleza aquí parece quedar expresada adrede en un sentido ambiguo: *Naturaleza* como aquello que el ecologismo trata de proteger, pero también *naturaleza humana*, que la economía especulativa y el transhumanismo tratan de atropellar. Paso a comentar estos dos últimos:

– En primer lugar, la economía especulativa ignora la profunda relación que la persona tiene con el trabajo, la producción y la propiedad (hay cosas que las personas no quieren vender porque se vinculan espiritualmente a ellas, como la casa paterna). Frente a todas ellas, la actual ideología económica, descrita y denunciada por Ballesteros, pretende convertir todo en simple capital, que fluye libremente porque no reconoce nada en lo que detenerse. La propiedad se traduce a su precio, el empleo ya no es productividad de bienes o de servicios sino exclusivamente producción de valor (en sentido cuantitativo: dinero). En la actual economía de absoluto predominio financiero, el capital tiene un estatus totalmente ficcional, desligado de cualquier valor real, físico. Las cosas no son cosas, ni tampoco símbolos de la vinculación espiritual de su dueño a ellas: son lo que la expectativa de mercado quiere que sean, una cosa vale lo que alguien esté dispuesto a pagar por ella. La Naturaleza, entendida como la forma de ser que tiene la cosa que es, desaparece. Todo es traducible al dinero que, además, al no tener soporte físico, es *nada*. Es decir, todo queda traducido a *nada*. No es solo que la naturaleza no se respete: al traducirla a la abstracción, se elimina.

– También, en segundo lugar, en el trans- y post-humanismo la denuncia de Ballesteros observa agudamente ese mismo irrespeto al límite. La base misma de la naturaleza humana se esfuma: desaparece el misterio de la corporalidad y su consecuente mortalidad, así como un hecho fundante del modo en que el ser humano percibe su existencia, que es haber sido engendrado y no fabricado, sin ser resultado de un diseño utilitario. La antropología de estos movimientos se rebela contra la muerte, por un lado, y sustituye el engendrar por el fabricar, por otro. Así, desaparece el pensamiento metafísico (cuyo punto de partida es la consideración de la mortalidad) y el político (que se inicia con el nacimiento). El transhumanismo y el posthumanismo, así, construyen una nueva imagen del ser humano, donde esos límites se desvanecen en favor de un relato de inmortalidad que el ser humano es susceptible de alcanzar con la combinación de la riqueza y la ciencia, es decir, mediante la tecnología. Ballesteros propone considerar al transhumanismo y el posthumanismo como «deshumanismos», por cuanto que fallan en su promesa de llevar al hombre más allá de su naturaleza. Su efecto es más bien la degradación, haciendo desaparecer lo genuinamente humano, aquello que de sagrado e intocable tiene la vida humana (y que se basa en que el ser humano «es» –metafísica– y tiene capacidad de «actuar» –política–).

Para Ballesteros, la recuperación del límite es fundamental, y en ella la acción política, y muy especialmente la intervención del Derecho, son imprescindibles. El profesor valenciano define el Derecho como «no discriminación» y «no violencia»: en el Derecho se halla el esfuerzo de la sociedad

por garantizar el respeto al otro y, por extensión, a la realidad y el entorno que el ser humano precisa para florecer. A lo largo del libro, propone una y otra vez limitaciones a recuperar: por ejemplo, para evitar los males de la economía financiera desatada, propone volver al espíritu que animó Bretton Woods; también comenta la necesidad de separar las funciones del banco comercial, que gestiona los ahorros de la gente, y el banco financiero, que realiza operaciones económicas altamente lucrativas (pero con alto riesgo); y remarca la importancia de recuperar la igual responsabilidad de todos los actores económicos, que quedó rota por el principio *too big to fail*. Recuperar, en fin, una «economía de mercado», dentro de la cual las leyes de mercado puedan regir para lograr bienes y servicios de calidad a buen precio, pero que no degeneren en una «sociedad de mercado», sociedad en que toda la vida humana se vuelve un escaparate que fuerza al hombre a la continua venta de sí, de cada aspecto de sí mismo.

El libro de Ballesteros combina un análisis riguroso de cada uno de los elementos que estudia en cada capítulo, a la vez que profundiza en ellos. Esto es importante de señalar. El hecho de que Ballesteros profundice extraordinariamente en los elementos subyacentes a la crisis ecológica, o económica, o lo que sea, no debe llevarnos a pensar que el estudio de las realidades que critica es superficial o descuidado. Hay quien sacrifica exhaustividad en el estudio para dejar espacio a la profundidad. Un investigador así, por ejemplo, sería más frugal en la caracterización de los rasgos de la Escuela Neoclásica, para poder dedicar más líneas a su crítica. Este no es el caso de Ballesteros, y no lo es por la capacidad de síntesis que demuestra. Dicha labor de síntesis le permite dedicar suficiente espacio tanto a la crítica como al análisis de la realidad criticada.

Su capacidad de síntesis, empero, obliga a una advertencia en la lectura del profesor valenciano (tanto de este libro como de otros, por cierto): condensa muchas lecturas, lo cual da mucha densidad a sus líneas. Esto puede entorpecer la lectura, por lo apretado de las cápsulas de denso conocimiento que sus párrafos contienen. El lector se verá obligado, quizá, a detenerse en la lectura para meditar sobre lo leído, reelaborándolo para sí. No es un libro fácil de leer por la sintética escritura del autor y la enorme cantidad de reflexiones que puede sugerir. Pero esto no pretende desalentar, sino solamente advertir. Que no tenga miedo el eventual lector de entrar en el libro, porque vale la pena. De veras que sí: vale la pena abrir este libro y dejarse enseñar por la honda filosofía del profesor de la Universitat de València, que es una filosofía del Derecho y política que, más bien, es una antropología y una teoría de la realidad, honesta y profundamente elaborada.

Lukas ROMERO-WENZ*

* Doctor por el programa de doctorado «Sostenibilidad y paz en la era posglobal», Universitat de València. Profesor del máster Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible. E-mail: lukas.romero@uv.es

BENTHAM, Jeremy: *Sobre el homoerotismo* (traducción de José Luis Tasset y Francisco Vázquez García, con introducción José Luis Tasset y epílogo de Francisco Vázquez García), Laetoli, Pamplona, 2020, 264 pp.

Esta obra se compone de tres ensayos inéditos del autor británico, redactados entre 1814 y 1817, bajo los títulos de «De las irregularidades sexuales o irregularidades del apetito sexual», «Sexto» e «Idea general de una obra que tiene como uno de sus objetivos la defensa del principio de utilidad, en la medida en que concierne a la libertad del gusto sexual, contra la hostilidad conjunta del principio de ascetismo y el principio de antipatía; y para la que se propone el título, con vistas a una mayor aceptación, o al menos para protegerse de la cólera popular, de *No Pablo, sino Jesús*». Se trata de traducciones directas del inglés, efectuadas por José Luis Tasset y Francisco Vázquez García, quienes también han realizado, respectivamente, la introducción y el epílogo. Conviene señalar que los términos *homoerotismo* y *homosexualidad* no existían en la época, pero los traductores han convenido emplearlos, puesto que, aunque Bentham emplee el vocablo *pederasty*, de uso común en la época, la intención que subyace tras su uso queda mejor expresada con los dos términos arriba mencionados.

En la citada introducción se sitúan cronológicamente los tres ensayos, que además se presentan en el libro en el mismo orden en que fueron escritos. Este hecho tiene relevancia dado que los tres forman un conjunto que muestra la progresión del planteamiento de Bentham, que va reformulándose y perfilándose a lo largo de ellos. De este modo, algunas partes de «De las irregularidades sexuales...» serán empleadas en el texto de «Sexto», que a su vez supone la base sobre la cual se construye «Idea general de...». Por tanto, podemos decir que estos tres escritos conforman la maduración de la postura de Bentham sobre las relaciones homoeróticas, orientada a la creación de una obra de la cual tan solo llegó a publicar el primer tomo: *No Pablo, sino Jesús*. Sin embargo, ese primer tomo de *No Pablo, sino Jesús* —que por cierto fue publicado bajo seudónimo—, no contiene, a diferencia de los ensayos incluidos en este libro, referencia alguna a las relaciones homoeróticas. Esto puede deberse a que Bentham pretendía dejar este asunto para el segundo de los tomos, que jamás llegó a escribir, pero no por ello se observa una falta de relación entre estos tres escritos y esa obra posterior. Esto es así porque en los tres ensayos que componen *Sobre el homoerotismo* subyace una crítica y un rechazo manifiesto del ascetismo religioso, además de la tesis de que tras una gran parte de la moralidad cristiana no se encuentran las ideas de Jesús, sino las de san Pablo, discípulo de aquel a quien Bentham cuestionará a lo largo de los ensayos. Como se puede intuir por el título, esta es justamente la temática de *No Pablo, sino Jesús*. Esto, sin duda, conecta a ambas obras, ya que a pesar de que su tema central difiera, es una constante la oposición del autor a la moral cristiana, que él llama *Paulina* por achacársela a san Pablo.

Volviendo a la idea general del libro, Bentham efectúa un análisis utilitarista de la tolerancia hacia las conductas homosexuales, y concluye que tolerarlas conseguiría el fin buscado por esta corriente filosófica: la mayor felicidad para el mayor número de personas. Se trata de una manera interesante de abordar el tema, puesto que supone efectuar una ponderación del bien y el mal que estas conductas generan —desde su punto de vista—, de manera que se pueda concluir si el resultado de esta operación supone un aumento o dismi-

nación de la felicidad, y, por ello, de la utilidad general. Bentham afirma que las conductas homosexuales no generan ningún mal, y que, por el contrario, producen un bien: el placer, que no puede ser considerado sino un bien absoluto. La negación de este bien absoluto mediante el rechazo de la homosexualidad supondría un mal absoluto para Bentham, y convertiría a quien la efectúa en un tirano. En definitiva, de acuerdo con un planteamiento utilitarista, la felicidad, objetivo final del ideal benthamiano, será siempre la diferencia resultante de comparar el mal y el bien que una acción determinada produce. En este caso particular, además de defender la inocuidad e incluso el beneficio de las prácticas homosexuales, Bentham hace recaer el *onus probandi* del perjuicio producido en la autoridad que pretende sancionar dichas conductas. Esta postura supone una manifestación del principio de utilidad en su máxima expresión, puesto que se opone al rechazo injustificado de las conductas homosexuales y exige a sus detractores argumentos sólidos que apoyen el castigo. Pretende, de algún modo, la racionalización y justificación de un rechazo moral que él halla irracional.

Nos encontramos ante una obra cuyo interés es motivado especialmente por el hecho de no haber sido publicada, probablemente porque el propio Bentham conocía las consecuencias que esto podía tener al expresar una serie de ideas tan transgresoras, que pueden catalogarse sin duda de anacrónicas. El miedo a las represalias puede observarse especialmente en Sexto, cuando reflexiona acerca de la facilidad con que se puede hacer una acusación de haber participado de actos homoeróticos, provocando un rechazo automático de la sociedad por la mera sospecha de que la acusación sea cierta, sin necesidad de prueba.

No obstante, sería inexacto ver en esta obra tan solo un análisis y defensa de las conductas homoeróticas, ya que, a pesar de que esta sea la finalidad buscada, para llegar hasta ahí lo que realmente Bentham cuestiona es la visión que la sociedad británica del momento tiene de la sexualidad en su conjunto. En efecto, en Sexto, Bentham clasifica las conductas sexuales en *regulares* e *irregulares*, distinguiendo dentro de las primeras entre las *prolíficas* y las *no prolíficas*. Dentro de las segundas, a las que llama *irregularidades de la conducta sexual*, habla de la homosexualidad, del adulterio y de la masturbación, entre otras. Podemos observar que tanto las acciones calificadas de *irregulares* como los modos *regulares*, pero *no prolíficos*, suponen comportamientos que escapan de la única conducta sexual moralmente aceptable en la época: la orientada a la generación de descendencia. El autor pone en cuestión la obsesión que existe en la Inglaterra del momento por aumentar constantemente su número de habitantes, lo cual explica sin duda la defensa de las prácticas sexuales orientadas a este fin como la finalidad única de la sexualidad humana. Este miedo a la disminución de la población conforma para Bentham, junto con un posible debilitamiento físico fruto de las conductas homosexuales y un desinterés en las mujeres por parte de los hombres, el conjunto de motivos que pueden esgrimirse para rechazar la homosexualidad. Bentham desmiente estos tres posibles efectos negativos de una posible tolerancia de las conductas homoeróticas, equilibrando su balanza utilitarista a favor del bien, y, sin quererlo, nos ofrece una visión de la mujer y de la familia que resulta muy interesante comentar desde una perspectiva feminista –no obstante, no debe verse en este análisis una crítica, puesto que no sería justo evaluar conductas de principios del siglo XIX a partir de valores del siglo XXI–.

En primer lugar, porque la totalidad del discurso sobre las relaciones homoeróticas, salvo contadas excepciones, se centra en aquellas practicadas

por hombres, considerando la homosexualidad femenina como un hecho no merecedor de mención. Pero tanto o más interesante que esto es el hecho de que Bentham no considera incompatibles las prácticas homosexuales masculinas con la posibilidad de crear una familia con una mujer. Además de esto, Bentham entiende que, por norma general, las prácticas homosexuales pertenecen a la etapa de juventud de los hombres, siendo muy infrecuente que esto ocurra más allá de los veinte años. Este planteamiento nos permite afirmar que, para Bentham, la homosexualidad no supone una identidad individualizada, sino simplemente un comportamiento irregular dentro de una identidad heteronormativa. El autor no entiende que el interés en las personas del mismo género dé o pueda dar lugar a un estilo de vida diferenciado, sino que considera este hecho como un mero accidente no impeditivo de la consecución de una vida prototípica, y por ello, aceptable. Esto supone no solo minimizar la importancia de la identidad homosexual –hecho este que por la época en que se escriben estos ensayos debe sin duda obviarse–, sino también observar la participación de la mujer en la sociedad y en el matrimonio desde una perspectiva muy discriminatoria. Esto último es más difícil de pasar por alto teniendo en cuenta que Bentham fue un defensor del sufragio femenino, y, por ello, se le suele considerar cercano a las posturas feministas de algunos de sus contemporáneos, como su discípulo John Stuart Mill.

Bentham propone un modelo de sociedad donde se permitan las prácticas homosexuales masculinas –como ya se ha dicho las femininas carecen para él de importancia–, ya que de acuerdo con su análisis utilitarista estas producen más felicidad que perjuicios. No obstante, y como ya se ha dicho, para Bentham la inclinación homosexual no confiere a quienes la poseen una identidad, sino que se trata de una inclinación compatible con la conformación de una familia. De este modo, se concede a los hombres una libertad sexual casi absoluta, mientras que, para las mujeres, la sexualidad queda limitada a aquella con intención procreadora. Ya hemos dicho que para Bentham la expresión máxima de bienestar en una sociedad es la felicidad del mayor número de personas, entendida esta como el resultado de la ponderación de los dolores y placeres individuales. Puede considerarse, con base en lo que venimos de decir, que la ponderación que efectúa Bentham es muy androcentrista, puesto que la felicidad de los hombres parece tener para él mucha más relevancia que la de las mujeres.

Es también cuestionable la postura que Bentham adopta en relación con la pedofilia, ya que es extremadamente concesivo con su práctica dentro de las conductas homosexuales. El autor legitima las relaciones pupilo-preceptor, y llega a afirmar incluso la existencia de beneficios de este tipo de relaciones. Es esta otra postura que, junto con su tratamiento de las mujeres, podemos catalogar de ciertamente criticable. Es sin duda el contraste con unas ideas tan transgresoras en otros aspectos lo que hace realmente sorprendente este tipo de afirmaciones, pero no por tratarse de un autor muy progresista en algunos temas debemos olvidar que vivió y se formó en la Inglaterra de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

Además de la idea principal, subyacen dos elementos que Bentham trae a esta obra y que sin duda informan la manera en que se expresa al respecto de las conductas homoeróticas. El primero de ellos es una fuerte crítica de la moral religiosa, y una insinuación constante de Jesucristo como una figura mucho más tolerante y menos conservadora de lo que se ha venido creyendo dentro del cristianismo. Bentham expresa un fuerte rechazo de la manera en que la religión cristiana se opone a las conductas homoeróticas, y explica que

en ninguna parte de la Biblia se expresa Jesucristo en este sentido. El autor achaca esta postura a san Pablo, discípulo de Jesucristo, y que según Bentham hizo valer sus posturas mucho más conservadoras y ascéticas, modificando así la percepción de la moral religiosa y haciéndola mucho más conservadora de lo que Jesucristo parecía haber pretendido. Como ya se dijo más arriba, la crítica de la doctrina *paulina* es una constante en los tres ensayos, y será desarrollada posteriormente en la obra *No Pablo, sino Jesús*.

La segunda de estas actitudes subyacentes es un descontento flagrante de Bentham con la Inglaterra que le tocó vivir, y que expresa mediante la crítica de la persecución que se hace de las conductas homoeróticas. Se comenta en el epílogo de la obra que una de las circunstancias que pareció afectar tanto al autor fue ver cómo algunos conocidos suyos fueron objeto de condenas de este tipo, y que por ello a lo largo de los tres ensayos efectúa una crítica tan firme del sistema inglés. No es tanto el tipo de pena impuesta lo que molesta a Bentham como la persecución tan exhaustiva que se hace de las prácticas homoeróticas y que, según él no ocurre en los países de su entorno.

Podemos decir, por tanto, que Bentham identifica el rechazo de las conductas homosexuales con la moral cristiana vigente y con la Inglaterra de la época, y trata de oponer esta ideología a su planteamiento utilitarista, tomando así como el blanco de su argumentación tanto la moral cristiana que él llama *paulina*, como las instituciones inglesas. Esta idea se expresa en el ensayo de Francisco Vázquez García publicado como epílogo de la obra, que habla de esta tendencia que Bentham ataca, el *utilitarismo teológico*, y se refiere a ella como una doctrina que intenta conciliar los predicados de la fe cristiana con la consecución de la felicidad pública. Este epílogo es de interés no solo por esa idea o por el comentario que se hace de los ensayos, sino porque efectúa una contextualización histórica muy importante, que nos permite adoptar una postura más objetiva y adecuada a la hora de estudiar la obra. Así, nos ofrece una visión de las diferentes opiniones que en la época se adoptaron en relación con las conductas homoeróticas. Además, se mencionan algunos de los hombres cuya condena pareció afectar tanto a Bentham como para posicionarse en el sentido que venimos de comentar. Se nos presenta de esta manera a un Bentham que evoluciona en su pensamiento, y que tras estudiar el tema durante más de cincuenta años permite que diferentes opiniones y acontecimientos vayan moldeando su pensamiento y su vocabulario respecto de este asunto. No obstante, y a pesar de la calidad del epílogo, se echa un tanto en falta alguna alusión más detallada a la figura de la mujer en el planteamiento de Bentham.

En conclusión, nos encontramos con una obra puramente utilitarista, que se encuentra constituida por tres ensayos diferenciados pero que obedecen en su conjunto a la misma finalidad, que no es otra que la de analizar si realmente existen motivos para una condena moral y legal de las prácticas homoeróticas. Se trata de una obra que a pesar de no haber sido publicada y estar inacabada en algunas de sus partes, nos ofrece no solo una buena fotografía de lo que Bentham opinaba sobre este tema, sino también una caracterización del grado de rechazo y persecución que las conductas sexuales consideradas irregulares, y, en particular la homosexualidad, recibían en la Inglaterra de los siglos XVIII y XIX. Su contenido, unido a la cuidada traducción con que se nos presenta, convierte a *Sobre el homoerotismo* en un libro que sin duda merece la pena leer.

Carla ROMERO ÁLVAREZ
(Doctoranda Universidade de Santiago de Compostela)

CASADO, María, LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús (coords.): *El Convenio de Oviedo cumple 20 años. Propuestas para su modificación*, Barcelona, Universitat de Barcelona Edicions, 2021

Pese a los ecos futuristas que todavía resuenan en expresiones como *donaciones de biomateriales humanos*, *clonación*, *células madre* o *genoma humano*, el hecho es que las realidades descritas por tales expresiones llevan tiempo asentándose en nuestro día a día. Como muestra de ello, basta tener en cuenta que el *Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, del Consejo de Europa, también conocido como Convenio de Oviedo, que nació con la voluntad de regular los avances en biomedicina desde el paradigma de los derechos humanos, ha cumplido ya los veinte años de vigencia.

En el transcurso de estas dos décadas, se han producido grandes avances en biomedicina y biotecnología, como el desarrollo de la biología sintética, de las técnicas de edición genómica, del uso de inteligencias artificiales, el análisis masivo de datos, y un largo etcétera. En paralelo a este desarrollo tecnocientífico también se han desarrollado nuevas sensibilidades entre la ciudadanía, y han aparecido nuevos debates éticos y jurídicos. La pandemia del covid-19 ha servido para despejar las dudas sobre la importancia del ámbito de la bioética y ha puesto de relieve las debilidades de los distintos sistemas normativos y políticos a la hora de enfrentar amenazas globales y rápidamente cambiantes.

En un campo tan dinámico, dos décadas son mucho tiempo, y el Convenio de Oviedo necesita una puesta a punto si quiere seguir siendo útil. Y es precisamente esta tarea de revisión y propuesta de reformas la que se lleva a cabo en *El Convenio de Oviedo cumple 20 años. Propuestas para su modificación*. Se trata de una obra de autoría colectiva que cuenta con catorce autores, entre ellos los coordinadores María Casado y Manuel Jesús López Baroni, que desde un enfoque multidisciplinar, que abarca desde la Filosofía del Derecho y la Bioética hasta el Derecho civil y el Derecho internacional, ofrece una aproximación transversal a los principales desafíos a los que, a día de hoy, se enfrenta el Convenio de Oviedo. Se trata de otro título que se incorpora a la Colección de Bioética del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona.

Quien emprenda la lectura de este libro pronto descubrirá que tras los neologismos de cuño biomédico subyacen los grandes temas a los que, desde tiempos inmemoriales, la Humanidad ha ido dando vueltas. Para el que escribe estas líneas, este es uno de los principales atractivos de esta obra. No se trata de correr tras la última maravilla de ciencia(-ficción) que la actualidad nos presenta envuelta en llamativos colores, sino de reflexionar, concienzudamente, sobre las implicaciones que tales avances tienen sobre nuestras vidas.

En este sentido, a la noción de dignidad humana le corresponde un lugar destacado. El discurso de los derechos humanos descansa en apelaciones a la dignidad, y a lo largo del articulado del Convenio el término aparece en diversas ocasiones. Pero a nadie se le escapa el carácter polisémico de este concepto, que se estira como un chicle y se invoca en las situaciones más dispares. Por ello es interesante que Pablo Scotto se detenga a examinar si la dignidad es realmente el fundamento de los derechos de la persona en el Convenio de Oviedo, para encontrar que el interés y el bienestar disputan esa

posición de fundamento. Sin embargo, el concepto de dignidad que maneja el Convenio sigue sin haberse aclarado, y las dudas conciernen a su fundamentación. En la redacción del Convenio, Ricardo García Manrique observa una tensión entre una concepción de la dignidad humana en términos liberales, como autonomía individual, donde el acento recae en la libre elección y el consentimiento, y una concepción teleológica de la dignidad, a partir de la idea de la naturaleza propia de lo corporal. Parecen cuestiones de altos vuelos que solo conciernen a la filosofía más especulativa, pero de la respuesta que se dé a estas cuestiones depende la posición que se adopte en relación a las cuestiones prácticas y concretas que la ciencia y la técnica introducen en el mundo biomédico.

Esta duplicidad a la hora de caracterizar la dignidad no es baladí, y sus efectos se dejan sentir en otra de las grandes cuestiones de la bioética: la de la autonomía individual y el consentimiento libre, sus condiciones de posibilidad, y su alcance. El Convenio proporciona el marco general de regulación sobre el consentimiento en su artículo quinto. No obstante, como el objetivo que se persigue es el de establecer unos estándares mínimos que el mayor número de estados pueda aceptar, el riesgo de la laxitud y la ambigüedad está siempre presente. En esta línea, Isabel Miralles González concluye que el tratamiento general del consentimiento que el Convenio hace no necesita reformarse, si bien anima a los legisladores nacionales a mantener actualizados los mecanismos de derecho interno que garanticen la eficacia de ese consentimiento libre e informado.

Otra cuestión candente en relación al consentimiento y sus límites es la de la mejora humana y el transhumanismo. Una vez más, detrás de preguntas como *¿debe permitirse la ingeniería genética sobre humanos con el fin de superar la condición humana?* lo que está en juego es la concepción de lo humano que se tenga. El Convenio de Oviedo, pese a quedarse atrás en estas materias, regula algunas cuestiones conexas, como el test genético preimplantacional, que solo permite por causas médico-terapéuticas. Mónica Navarro-Michel sugiere ampliar el test genético preimplantacional a la selección no terapéutica de sexo, de manera que los padres tengan capacidad de decidir el sexo de su descendencia. Sin ser un caso en el que se persiga claramente el perfeccionamiento humano, y al margen de consideraciones fácticas sobre el desequilibrio poblacional, esta propuesta consolida la tendencia a aumentar el margen de decisión de los padres sobre sus hijos.

Uno de los temas que desde el último cuarto del siglo pasado ha irrumpido con fuerza en la ética y el derecho, con el enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum o los trabajos sobre salud mental de Michel Foucault, es la de la discapacidad o diversidad funcional, tanto física como psíquica. Blanca Bórquez Polloni atiende al tratamiento que el Convenio hace de las personas con discapacidad, y, en concreto, a su posibilidad de consentir, y sugiere ampliar su margen de decisión sobre las cuestiones médicas que les afectan. Se trata de dejar de concebir la capacidad de obrar en términos absolutos, para permitir una graduación que preserve el más amplio margen de autonomía posible para las personas con discapacidad.

Otra tema relevante en relación al consentimiento tiene que ver con el tratamiento masivo de datos personales. Mientras la ciudadanía aún se está haciendo la idea de qué es eso del *big data* y para qué puede servir toda esa información intangible almacenada en forma de unos y ceros, las grandes compañías tecnológicas obtienen grandes beneficios ofreciéndolos a terceros, y la amenaza que suponen para el libre ejercicio de los derechos funda-

mentales se va acrecentando. A la luz de las novedades que introduce el tratamiento masivo de datos de pacientes y la incorporación de las llamadas inteligencias artificiales a los procesos médicos de decisión, Itziar de Lecuona, propone repensar el consentimiento con el fin de asegurar, entre otras cosas, la protección de la intimidad y la confidencialidad de los datos personales en entornos altamente digitalizados. Esto es todavía más importante cuando no existe ni *hardware* ni *software* público donde almacenar y con el que manejar todos estos datos.

La posible mercantilización del cuerpo y sus partes constituye una instancia particular del asunto del consentimiento y sus límites. Tal como explica Pol Cuadros Aguilera, el Convenio recoge el principio de no lucro, que debería excluir el ánimo de lucro en la *obtención*, *intercambio* y *uso* de biomateriales humanos, de manera que tales materiales tendrían vetado el acceso a los mercados. Sin embargo, y como consecuencia de la gran falta de claridad con que está regulado, el principio de no lucro termina teniendo un alcance modesto. Marc-Abraham Puig Hernández precisamente dedica su contribución a examinar un supuesto sobre el cual se cierne la duda de la mercantilización, la donación de gametos, y sugiere unos umbrales máximos que deberían respetar las compensaciones que se ofrecen a cambio de esta práctica, de manera que no se contraviniese el citado principio de no lucro.

En el fondo, lo que subyace a las cuestiones parciales anteriores es la pregunta por la naturaleza de lo humano. De la respuesta que se dé a esta cuestión última depende la posición que se adopte en relación a las novedades que la ciencia y la técnica introducen en el mundo biomédico. Es evidente que no corresponde al Convenio de Oviedo –tanto por su naturaleza de norma jurídica como por ser el fruto de un complejo equilibrio entre los países que lo negociaron–, sentar cátedra sobre tales cuestiones. De hecho, probablemente solo se pueda aspirar a alcanzar un consenso solapado en la medida en que se dejen las consideraciones sustantivas al margen, o se envuelvan en un halo de imprecisión. No obstante, en tanto juristas, o simplemente ciudadanos, no deberíamos perder de vista cuales son los debates que subyacen en estas cuestiones.

Ante la avalancha de novedades que deberían ser incorporadas al Convenio, y la dificultad para lograrlo, uno puede plantearse si lo más conveniente no sería dar este instrumento normativo por amortizado, y concentrar todos los esfuerzos en la elaboración de un nuevo convenio que ofreciera una regulación de la biomedicina a la altura de los tiempos. En este sentido, es interesante observar que el libro, además de señalar las múltiples carencias del Convenio, también pone en valor sus virtudes. Así, Anna M. Badia Martí destaca su carácter de precedente jurídico: el Convenio de Oviedo ha contribuido a ampliar las materias que el ordenamiento jurídico internacional regula, vinculando derechos humanos y biotecnología. Ello es así hasta el punto que, tal como explican Carla Faralli y Aída Kemelmajer de Carlucci en sus respectivos artículos, el Convenio deja sentir su influencia como criterio interpretativo en Italia y Argentina, pese a que ninguno de estos dos países lo han ratificado.

Sin embargo, es cierto que estas contribuciones al desarrollo progresivo en materia de derechos humanos, y también esa influencia del Convenio en tanto que criterio de interpretación en los estados que no son parte, quedan empañadas por el bajo número de países que se han querido vincular por el Convenio. En un campo tan dinámico como el de la biomedicina, comprometerse con una normativa que tiene visos de quedar rápidamente desfasada

puede suponer un agravio comparativo para la investigación nacional, que los países no están dispuestos a aceptar. Véase el caso de España, que siempre había tenido una actitud protecnológica en materia bioética, pero que en el presente ve lastrada su capacidad investigadora como consecuencia de su vinculación a ciertos estándares obsoletos del Convenio de Oviedo.

Si a las causas pragmáticas que explican el bajo número de ratificaciones se le suman los desacuerdos sustantivos que en materia de bioética existen entre países, cobra peso la posibilidad de renunciar a la vía supranacional, y limitarse a desarrollar normativa bioética a nivel interno. Pero Manuel Jesús López Baroni descarta esta opción. En el contexto de un mundo cada vez más interconectado, en su artículo insiste en la necesidad de regular los avances biotecnológicos a nivel supranacional –idealmente, a nivel planetario o al menos regional–, alcanzando *acuerdos de mínimos de carácter global antes de que sea demasiado tarde*. Centrando su propuesta, aboga por la adhesión de la UE al Convenio de Oviedo.

Como ya se sugería al principio de esta recensión, la pandemia del covid-19 que estamos atravesando ha sido la demostración definitiva de la enorme relevancia que los asuntos de los que la bioética se ocupa tienen en nuestras vidas. La escala global, los desiguales medios para hacerle frente que existen en función de la riqueza económica de cada país, las medidas de control de la población, la investigación contrarreloj de nuevos fármacos y vacunas, la priorización a la hora de gestionar recursos sanitarios escasos, la gestión de la información epidemiológica... Todo ello ha puesto de relieve la importancia de contar con marcos normativos preparados para hacer frente a este tipo de eventualidades. Y ello es algo que una normativa internacional en materia biomédica debería contemplar. María Luisa Marín Castán firma el artículo que con mayor detalle relaciona el covid-19 con el Convenio de Oviedo, a partir de un análisis de la compatibilidad entre las medidas adoptadas o sugeridas para combatir la pandemia, y las posibles restricciones del ejercicio de ciertos derechos en aras de garantizar el interés superior de la salud que el Convenio permite.

Seguramente estemos viviendo un punto de inflexión en cuanto a nuestra relación con la ciencia y la técnica, que aceleran en su colonización, no ya del medio ambiente, sino de las propias personas. No se trata de caer en la tecnofobia, sino de articular los mecanismos que garanticen que las novedades y avances en el mundo de la medicina y la biología estén al servicio de las personas, y no a la inversa. Para emprender esta tarea es necesario saber que la partida se juega a nivel supranacional, que la dependencia estatal de poderes privados no democráticos puede suponer un riesgo para los derechos de sus ciudadanos, y que en el trasfondo de todos los debates bioéticos asoman las grandes cuestiones que siempre han acompañado a la especie humana. *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación* reúne todos esos elementos, y los conjuga con el pragmatismo de prestar atención a lo concreto, proponiendo reformas al articulado de un Convenio que ya lleva dos décadas de rodaje, y que puede encargar muchas más si es adaptado a los nuevos tiempos. Esperando que estas sugerencias de actualización sean atendidas más pronto que tarde, solo queda felicitar a los autores por sus aportaciones, y a María Casado y Manuel Jesús López Baroni por su labor como coordinadores.

Martí COLOM NICOLAU
Doctorando en la Universitat de Barcelona (PDI)

JAVIER DE LUCAS, *Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

En el momento de preparar este texto se han publicado con anterioridad otras reseñas que dan cuenta pormenorizadamente de las principales tesis del libro, profundizando en las distintas lecturas que ofrece y han puesto de relieve sus ideas más desafiantes, agudas, críticas y también cautivadoras. «Magistral libro (...) que retoma el personaje de Atticus Finch y nos propone un análisis riguroso de una cuestión trascendental y atemporal: el mal que supone el racismo». Ángeles Solanes, (*Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, diciembre 2020, p. 404). «Un gran ensayo actual y abierto... sobre el Derecho. Una reflexión comprometida lúcida, abierta y crítica que transita entre distintas disciplinas y una muy coherente trayectoria intelectual» (Jesús García Cívico, *Derechos y Libertades*, 2021, 45, p. 426). «Un ensayo prodigioso en el que el lector encontrará un ejercicio minucioso de interpretación literaria y cinematográfica y, a la vez, una reivindicación del Derecho» Cristina García Pascual, *Teoría y Derecho* 202, 29, p. 297). «Un ensayo –escribe Luis García Montero– que conviene leer y conviene celebrar. El título tiene una apariencia melancólica, Atticus ejemplo de un derecho que se acerca a la justicia cuando el Derecho se cruza con el racismo». Alfons Cervera «El pasado es siempre ahora» en el periódico Levante o p. Rech en *Infolibre*. Aunque pusiera mi mayor empeño no podría añadir alguna idea novedosa, ni más certera, ni más profunda a todo lo que ya ha sido escrito y dicho a propósito de este libro en las mencionadas páginas, así como en las presentaciones que acompañaron su publicación en los primeros meses de 2021.

Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter, Tirant lo Blanch, 2020 es un libro de Javier de Lucas. Cuenta con los elementos y la forma de engarzarlos genuina de la trayectoria intelectual y docente del profesor. Un itinerario caracterizado por su coherencia y su continuidad en todos los ámbitos en que se despliega, como una corriente que atraviesa sus obras, dotándolas de un peso interno acorde con su actitud intelectual ante la vida y los acontecimientos. No hay compartimentos estancos entre sus lecturas y preocupaciones intelectuales, la formación de los estudiantes, su compromiso y asunción de responsabilidades en el orden social y político o en sus publicaciones casi diarias. Este ensayo es, como todos los que le han precedido, una parte, una pieza que integra y constituye esa línea de continuidad a la que me he referido. Sin embargo, limitaré mi exposición a destacar tres actitudes o tres rasgos de carácter intelectual que muestran, creo, la filosofía jurídica y política del profesor.

Una primera actitud intelectual reside en su forma de aproximarse a la complejidad, a las contradicciones jurídicas, sociales, políticas y de todo orden. Una actitud que se propone comprenderlas, entenderlas y afrontarlas, pero no evitarlas. En el ensayo que analizamos hay distintos momentos muy significativos en los que se muestra esta actitud intelectual de Javier de Lucas, aunque me referiré solo a dos de ellos.

El primero es el descubrimiento de que Atticus Finch ha cambiado. Atticus Finch es un personaje literario y sobre todo cinematográfico, creado por la imaginación de la escritora norteamericana Nelle Harper Lee (1926-2016) en *Matar a un ruiseñor*; –ganadora del premio Pulitzer en 1961– y que inter-

preta Gregory Peck en la película homónima dirigida por Robert Mulligan (1963). Atticus Finch y Gregory Peck son un mismo personaje, ya inescindible que representa la figura del abogado íntegro que en una ciudad sureña como es Maycomb (Alabama) en los años de la Gran Depresión asume la defensa de Tom Morrison, afroamericano, acusado falsamente de haber violado a una joven blanca.

Sin embargo, la publicación de *Ve y pon un centinela* en 2015, en una extraña operación editorial, presenta un Atticus Finch que tiene 20 años más que en *Matar a un Ruiseñor* y que ha interiorizado el mundo rural socialmente estratificado y fragmentado en una ciudad del sur permeado de racismo.

Pues bien, el ensayo de Javier de Lucas no se limita a esta primera impresión, ni tampoco persiste en la decepción, el desengaño o la desilusión por el cambio operado y simbolizado por Atticus Finch en las dos novelas. Javier de Lucas asume el desafío de intentar comprender la complejidad de esa figura, confrontar su doble cara (capítulos 1 y 2) y hacerlo en clave del significado que tiene la actitud que representa este personaje, –de abogado íntegro, humano empático, hombre admirable de una sola pieza a un conservador paternalista portador del racismo más naturalizado– en la historia de EEUU desde su fundación al movimiento *Black Lives Matter*. No se trata tanto de «salvarle» como de conocerle, desde la perspectiva que ofrece la literatura y el cine para adentrarse en el corazón de un país tan poderoso y de una democracia que se presenta como modélica. Una clave para esta comprensión la ofrece el tío Jack cuando relata a Jean Luis en *Ve y pon un centinela*, la historia de la familia Finch (p. 80).

Un segundo momento del libro donde me parece que se muestra de forma expresiva el modo intelectual de Javier de Lucas de afrontar las contradicciones es la interpretación de la tensión literaria y cinematográfica entre justicia y Derecho, representada por la actitud y las preguntas de los hijos de Atticus –Scout y Jem– ante el proceso y, en un segundo momento, ante la condena de Tom Robinson. Son magníficas y precisas las páginas de Javier de Lucas dedicadas a mostrar como Atticus representa al padre socrático, al abogado íntegro que explica a su hija Scout porqué asume la defensa de un negro acusado de violación. Como jurista lo hará, no porque abrace la lucha contra el racismo como causa justa, sino porque la ley ha de ser igual para todos, porque confía en las instituciones del proceso y del jurado como niveladores. Explica a su hija las reglas de lo que es el compromiso con el Derecho y no es extraño que, al leer esas páginas, generaciones de jóvenes se hayan inclinado por los estudios de Derecho. Harper Lee lo describe como el núcleo de ideas que sintetizan un sencillo código ético-deontológico jurídico (como hombre de derecho), que no pretende ser un ideal inalcanzable. También ha de responder Atticus a sus hijos que viven con sufrimiento y contradicción la condena por una falsa acusación de violar a una mujer que, aunque forma parte del estrato ocupado por los más pobres, era blanca. El éxito era imposible y es una frustración para los hermanos que asisten con desesperación el fallo contra el acusado.

Llama poderosamente la atención, cautiva, como subrayó Alicia García Ruiz en la presentación de este libro en el *Instituto Cervantes* de Madrid, la forma en que Javier de Lucas se aproxima al mito jurídico, no para desmitificarlo, sino –continúa la Dra. García Ruiz– como se abordan todas las grandes ideas, tratando de trascender la falibilidad de los que estamos llamados a comprender.

Esta actitud intelectual en Javier de Lucas es germinal y ha sido una constante. De las contradicciones es capaz de alumbrar otras cuestiones candentes. El significado de *Ve y pon un centinela* puede leerse en esta clave; descubrir esos puntos ciegos que hacen cambiar de perspectiva y dirigen la mirada a otros temas o cuestiones (desobediencia, migraciones, ciudadanía, racismo).

La segunda actitud intelectual está marcada, a mi juicio, por ir a las raíces de los problemas y desentrañar estas raíces; al estilo de Camus, de Orwell, de Hanna Arendt o de Simone Weil. Autores movidos por preservar su legitimidad pública intelectual, sin dejar de mantener su independencia –su conciencia– y su integridad.

El autor Javier de Lucas traza un hilo argumental que entreteje los avatares del personaje Atticus Finch y su posición no abiertamente supremacista, sino exponente más bien de un racismo naturalizado e interiorizado, un «demócrata jeffersoniano» como se define el mismo y el modelo de ciudadanía en su alegato final ante el jurado en el proceso a Tom Robinson (p.87). De Lucas muestra así las raíces del momento fundacional de la revolución norteamericana y lleva a cabo la revisión de los fundamentos filosófico-políticos y jurídicos del formidable experimento que fue la democracia norteamericana, del modelo republicano de Jefferson y Madison. Explica como el racismo, el supremacismo, la segregación configura su fundamento social, la razón estructural del «pecado original» de la primera democracia del mundo moderno, también su auténtico motor económico. Inscrito ya en la constitución de 1776, nunca ha desaparecido ni siquiera tras la derrota del sur esclavista en la Guerra civil. Una república heredera de la filosofía que va de Cicerón a Harrington o Locke que se concibe como una república de derechos pero que deja al descubierto ese cheque sin fondos que no se ha pagado durante más de 250 años. De ahí el título que acoge la segunda parte del ensayo: «No todos iguales. Sobre las raíces del *Black Lives Matter*: un cheque sin cumplir». Así, lejos de poder evaluar el racismo como un problema de baja intensidad o de poca envergadura en la democracia estadounidense, es, como escribe García Cívico «una fractura fundacional que ha dado lugar a una doble conciencia impregnada hasta la médula de miedos, pecados e incluso monstruos» (p. 427).

Las páginas dedicadas al significado de esta democracia republicana son una lectura apasionante (capítulo 5). El enraizamiento cultural y político del racismo y la necesidad de afrontarlo sería, profunda y abiertamente como una lucha por el Derecho conecta con otra de sus actitudes.

El tercer rasgo reside en el valor del compromiso y la lucha por el Derecho. El ensayo presenta, a este respecto, dos niveles de compromiso que dan cuenta de la confrontación social, cultural y jurídico-política contra el racismo: el de las corrientes sociales como la que representa Martin Luther King y otros movimientos por los derechos civiles y, segundo, el del compromiso a nivel personal. Ambos se dirigen a lo más difícil: desarraigar los prejuicios hondamente asentados en un modelo social y económico basado en la esclavitud.

En la historia de los movimientos que han reivindicado y han luchado contra la discriminación, no solo destaca Martin Luther King, también otros momentos como el que representa Malcom X o las panteras negras hasta llegar al *Back Lives Matter*. fundado por tres mujeres negras en 2014 comprometidas contra el racismo más profundo sistémico, institucional. El periodo entre 1876 y 1965 fue conocido por la aprobación de numerosas leyes (conocidas como *Leyes de Jimi Crow*) que institucionalizaron *de iure* el principio «separados

pero iguales» y la segregación racial aplicada a los afrodescendientes y otros grupos étnicos no blancos. El Caso *Drew Scott contra Stanford*, fue emblemático porque el Tribunal Supremo el 6 de marzo de 1957 falló que cualquier persona descendiente de africanos, ya sea esclava o libre, no es ciudadana de los Estados Unidos, de acuerdo con la Constitución. La lucha contra toda esta legislación cristalizó, entre otras, en la primera sentencia que anula la segregación en las escuelas en 1954. En el ensayo tiene un protagonismo indiscutible y muy simbólico el discurso de Luther King que recupera la idea del legado de la esclavitud a través de la exigencia del pago del cheque permanentemente esperando. Allí se afirma: paciencia aquí es una palabra sucia (pp. 119-122).

En algunas de sus intervenciones, De Lucas ha subrayado en relación con el compromiso personal, que este libro destaca el rastro de las mujeres que luchan por el Derecho y mejoran a Atticus en su capacidad inclusiva. Reconoce así el papel de las dos hermanas Lee que se atrevieron a poner de manifiesto las profundas raíces del racismo. También los personajes de Calpurnia, el aya negra de Scout, y la misma Scout en las dos novelas.

Las tres actitudes mencionadas se muestran portentosamente en este entretendido de interpretación literaria, cinematográfica, filosófico-política y jurídica, con notas de referencia interesantísimas (pp. 183-202), claves culturales y artísticas sugerentes y valiosas interpretaciones originales que ilustran las raíces del racismo, la discriminación y la desigualdad y la figura de Atticus como jurista, de una forma inescindible de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política en las que ha desempeñado su carrera docente el profesor Javier de Lucas.

Una docencia marcada por un genuino interés por la formación de los juristas, orientada a comprender la sociedad en su conjunto y el sentido de los problemas jurídicos como problemas poliédricos, pero trasladando la idea del valor del Derecho y de la labor de los juristas, el compromiso con el Estado de Derecho y la justicia, la dignidad de esto que es más que una profesión. En el ensayo queda reflejado perfectamente en la imagen de Atticus como «hombre de Derecho» que no de ley y en el diálogo que mantiene con su hija Scout donde da cuenta con concisión de las reglas de justicia. El valor de la integridad que representa Atticus y su forma de ser jurista, su independencia de carácter y rectitud (p. 27) es el que ha quedado patente en nuestro país por buena parte de los abogados laboristas durante el final de la dictadura y la transición y del que desde finales de los años 80 hasta ahora son un exponente los abogados y abogadas de extranjería, para hacer que los que no tiene voz sean oídos en el Derecho, como titula el capítulo 3.

La docencia del profesor de Lucas ha estado atravesada por el interés, casi la pasión por la formación de los futuros juristas, eludiendo actitudes demagógicas fáciles, o simplificaciones dogmáticas. Tratando de enseñar a pensar «con la propia cabeza» desde el rigor intelectual como forma de aceptar las contradicciones. Estar en una clase del profesor de Lucas es transitar por distintas claves de referencia artísticas, literarias, filosóficas y jurídicas para alumbrar lo que en cada momento son los problemas más radicales a los que ha de responder un jurista, ante los que ha de formarse una opinión no solo técnico-jurídica. Acercarse al Derecho con toda su intensidad, situado y cruzado por multitud de factores y raíces para tomar conciencia sobre sus fuerzas divergentes que lo constriñen. Un Derecho que ha de moverse en la dirección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. De ahí, sus propuestas de aproximación a esta realidad: superar la conciencia de separación, de aislamiento, característica de buena parte de la ciencia del Derecho tendencialmente dominante sobre todo en el mundo académico-jurí-

dico. Aprender a aceptar los hechos incómodos como enseñó Max Weber. «Aprender el propio tiempo por el pensamiento» como Hegel mostrara. Así, la tarea asignada a la filosofía del Derecho es una de las funciones que tradicionalmente acoge la actividad filosófica de corte hermenéutico gadameriano, como «teoría de la experiencia real que es el pensar». Las visiones plurales de la cultura forman parte de la cultura jurídica, de las transformaciones del Derecho, de la crítica social e institucional, de la profundización en las dimensiones que en cada momento integran la legitimidad del Derecho y de los derechos, así como aquellas que los amenazan y cuestionan.

La formación de los juristas y la pedagogía del profesor de Lucas ha estado vinculada inescindiblemente al cine. *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch* no es solo un exponente de la perspectiva conocida como Derecho en el cine, o Derecho en la literatura y el cine. Se ha reiterado que este libro forma parte de la colección *Cine y Derecho* de la Editorial Tirant Lo Blanch, cuyo padre intelectual es el profesor de Lucas. Una idea que fue muy bien acogida por Candelaria López fundadora de la editorial y por Salvador Vives López, actual director. Una colección, como sintetizó José Manuel Rodríguez Uribes, en ese momento Ministro de Cultura, en la presentación del libro en el *Instituto Cervantes* como la síntesis de cine y Derecho, arte y justicia, cultura y Derecho que invita –como explicaba nuestro añorado Mario Ruiz– a juristas y no juristas a ver, entender y, también, a emocionarse con los recursos técnicos y narrativos de este arte del siglo XX.

Probablemente no es tan conocida la forma en la que el profesor Javier de Lucas insertó el cine en la enseñanza del Derecho de una forma más institucional. Lo hizo a través de la asignatura «Cine y Derecho». Entre los claroscuros del cambio operado en los planes de estudio universitarios, se abrió la posibilidad de que existieran unos créditos que se denominaban de libre elección o de libre configuración y que los estudiantes habían de incorporar a sus *currícula* como ejercicio de interdisciplinariedad en su formación. En este contexto el profesor de Lucas propuso crear la asignatura «Cine y Derecho» como un espacio abierto a estudiantes de todas las titulaciones y que más tarde se mantuvo como una optativa de los estudios jurídicos durante más de diez cursos académicos. Javier de Lucas diseñó este espacio de formación integrando la participación de profesorado de todas las áreas de conocimiento jurídicas que cada curso académico propone una película que ilustre una o varias cuestiones jurídicas de interés. Como destaca Villamarín («Aprender el Derecho a través del cine» en *Miradas a la innovación*, 2009, pp. 128-9), fieles a este diseño inicial, se ha preservado esta pluralidad como uno de los principios informadores del módulo, así como su finalidad que «fue, y sigue siendo, proporcionar nuevos ámbitos y enfoques desde los que abordar el fenómeno jurídico, propiciando una visión de conjunto, diversa e integradora del Derecho y su relación con la sociedad fuera del marco de la enseñanza tradicional».

En toda contribución de Javier de Lucas, impresa u oral, extensa y más académica, reducida o de tono más divulgativo, late una inquietud pedagógica sobre el Derecho, una mirada lúcida sobre cuestiones inaplazables, una propuesta que nos abre a interrogarnos sobre aquello más necesitado de una respuesta jurídica fundamentada, siempre desde un enfoque original, propio, que afronta la complejidad de la realidad desde la riqueza de las diversas declinaciones culturales y artísticas.

María José AÑÓN ROIG
Universitat de València

GIMENO PRESA, María Concepción: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* Thomson Reuthers-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020

El libro que tengo la oportunidad de comentar aborda una de las cuestiones clave en la agenda iusfeminista: la aplicación del Derecho desde la perspectiva de género. Buena parte de los análisis acerca de la aplicación del Derecho no explicitan el marco teórico del que parten, como si el ello pudiera hacerse desde una neutralidad metodológica. Lo contrario ocurre cuando el enfoque teórico se hace explícito, que es lo que hace la autora en este libro (y que debería hacerse extensivo a todo tipo de análisis iusfilosófico). En términos generales, puede decirse que la «perspectiva de género» es un marco teórico de análisis teórico y de práctica política que implica (entre otras cosas) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres; que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente; y que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión. Con estas premisas son múltiples los análisis jurídicos y filosóficos que pueden hacerse. En este caso, la autora indica cuál es su objeto de estudio, la aplicación del Derecho, e indica en qué consiste el análisis desde la perspectiva de género: «integrar la perspectiva de género significa enfrentarse a la comprensión de cada una de las prácticas y relaciones sociales en las que el género está presente con una actitud crítica que sirva para verificar si se están empleando estereotipos de género que llevan a una conducta prejuiciosa cuya consecuencia sea la discriminación hacia las personas que interviene en ellas».

El libro persigue tres objetivos: examinar las razones que justifican la necesidad de incorporar las cuestiones de género en los procesos judiciales; analizar el fundamento jurídico de la obligación de juzgar con perspectiva de género, y delimitar el sentido de la expresión «juzgar con perspectiva de género». Se trata de establecer –dice la autora– un marco teórico general que permita comprender el alcance de esa obligación, con una finalidad no solo teórica, sino también práctica: promover los cambios necesarios en la práctica jurídica que garanticen la igualdad efectiva de hombre y mujeres.

El examen de estas cuestiones le lleva a sostener: primero, que la actividad de juzgar con perspectiva de género es un deber jurídico; segundo, que el desempeño de ese deber no entra en colisión con el cumplimiento del resto de obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a los jueces y, por último, que la obligación de juzgar con perspectiva de género implica identificar los estereotipos de género que han ingresado en el proceso judicial, demostrar que con ellos se ha vulnerado el derecho de igualdad de alguna de las partes litigantes y justificar las decisiones necesarias para revertir estos efectos nocivos.

El primer capítulo está dedicado al análisis de tres cuestiones: qué es la perspectiva de género, qué son los estereotipos de género y cuáles son los estereotipos de género en la práctica judicial. Señala que los *estereotipos* son «generalizaciones injustificadas sobre las características de los miembros de un grupo. Se trata de creencias preconcebidas que perduran a lo largo del tiempo y que se reproducen en la mente de los sujetos como parte del tejido social que comparten por pertenecer a una misma cultura», «cuando las creencias generalizadas e injustificadas se refieren a la características que

cabe atribuir a los hombres y a las mujeres en virtud de su sexo, o a las funciones que deberían desempeñar por ello, estamos ante un *estereotipo de género*», estereotipos «que se encuentran en la base de muchos de los casos de discriminación que afectan a las mujeres». Es «la adopción de una *perspectiva de género* lo que facilita a los jueces la identificación de aquellas actuaciones estereotipadas que vulneran esta dimensión del principio de igualdad permitiéndoles adoptar las medidas pertinentes para ponerles fin».

En el segundo y tercer capítulos se abordan dos cuestiones, a modo de réplica de las objeciones que suelen hacerse respecto de la aplicación del Derecho con perspectiva de género. Por un lado, se indica que, en nuestro ordenamiento, juzgar con perspectiva de género es una obligación *legal*, para justificar lo cual analiza la normativa que recoge esta obligación: desde la doctrina del Tribunal Constitucional, los Tratados Internacionales ratificados por España y, la Ley de Igualdad. Por otra parte, se aborda y resuelve perfectamente el aparente dilema entre aplicar el Derecho versus decidir desde la perspectiva de género. Como la autora argumenta, se trata de un desacuerdo no genuino, puesto que la perspectiva de género tiene como límite el significado (más o menos amplio) de los enunciados jurídicos, destacando la interpretación conforme a la Constitución y la exclusión de interpretaciones en contra del principio de igualdad formal y material, así como frente al principio de legalidad: la interpretación desde la perspectiva de género no puede ir en contra de la ley. Asimismo, la autora rebate cada una las críticas que suelen hacerse a esta obligación: que constituye un intento encubierto de imponer una ideología a los órganos judiciales, que el cumplimiento de esa obligación solo beneficia a las mujeres, y que la perspectiva de género vulnera el derecho a la igualdad de los hombres.

El capítulo cuarto constituye la parte cardinal del libro. En él se examinan tres importantes cuestiones. La primera, cómo ingresan los estereotipos de género en el proceso judicial. Se pone de relieve que ello tiene lugar no solo a través de las conductas de los intervinientes en el proceso, sino también por medio de los discursos jurídicos: además de palabras y enunciados, el discurso incluye representaciones cognitivas y estrategias involucradas en la producción y comprensión del mismo y, a través del discurso se produce un proceso de interpretación en virtud del cual lo que se refleja es el sentido que ese acontecimiento ha tenido para el autor del mismo. Así, en un proceso confluyen discursos de la policía judicial, de los abogados, de los testigos, etc., que el juez deberá controlar a fin de que no incorporen creencias estereotipadas discriminatorias.

La segunda cuestión que se aborda en este capítulo son los diferentes momentos del procedimiento que pueden enfocarse desde la perspectiva de género: la reconstrucción de los hechos, la actividad probatoria y el proceso de toma de decisión. Respecto de la determinación de los hechos, la autora aplica un enfoque epistemológico post-empirista (toda interpretación es selectiva –en cuanto que selecciona un «objeto» de la realidad entre otros posibles– e interpretativa –en la medida en que para dotar de significado a los hechos es necesario un marco interpretativo–. Esto le permite analizar tres cuestiones: cómo el juez reconstruye en un primer momento los hechos, cómo es la actividad probatoria y, como se construye el fallo. En este contexto es particularmente relevante la valoración de la prueba. La dogmática jurídica establece como criterios para valorar la prueba expresiones como «reglas de la sana crítica», «sentido común» o «máximas de experiencia.» Pues bien, la perspectiva de género pone de relieve que dichas reglas tienen su origen en

creencias consagradas como evidentes en una sociedad, que son el producto de un discurso jurídico dominante por el género masculino y, que representan una forma determinada y sesgada de ver las cosas. Esto conlleva, que muchas veces dichas reglas se den por sobreentendidas y no formen parte explícita del fundamento de la decisión judicial. Para ilustrar esto, expone dos sentencias del Tribunal Supremo que ponen en cuestión dos máximas de experiencia. En la primera se discute la falta de pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia, alegándose que solo se había valorado la declaración de la víctima cuando había otros testimonios que la desacreditaban. El Tribunal Supremo consideró que la declaración de la víctima era suficiente para enervar la presunción de inocencia y afirmó que «el testimonio de las mujeres que sufren este tipo de delitos es un testimonio cualificado, porque se trata de delitos que se producen en la intimidad, lo que impide que existan pruebas que permitan corroborar esa declaración, dado que no siempre puede exigirse a la acusación que aporte pruebas de corroboración en delitos de carácter sexual o de violencia de género, o violencia doméstica, ya que se trata de hechos que ocurren sin testigos y las únicas pruebas pueden ser las declaraciones que pueden venir corroboradas por informes médicos si ha habido lesiones». En otra sentencia se establece que «el silencio de la víctima mientras ocurre la situación de maltrato y la falta de denuncias previas no pueden ser tenidos como una ´traba de credibilidad` dado que el maltrato habitual produce un daño constante y hace que la víctima tenga la percepción de que no puede salir de él, que al ser el agresor la pareja de la víctima esta experimenta una mayor sensación de temor manteniéndose en silencio hasta que se llega a un límite en el que ya no se puede aguantar más el maltrato...» En ambas sentencias el Tribunal Supremo indica las razones por las cuales la regla de la experiencia aplicada hasta ese momento no debía ser usada en los supuestos de violencia de género.

La tercera cuestión de este capítulo, aborda el método para juzgar con perspectiva de género. Más que la existencia de *un* método para decidir un caso (cosa que no existe en la aplicación del Derecho en general), se trata de la necesidad de identificar qué estereotipos de género se han introducido en el proceso, cuándo y cómo se ha hecho, cuáles son sus efectos y quienes pueden resultar perjudicados (mujeres y hombres). Se destaca que es el contexto el elemento a través del cual se integran los estereotipos de género, se determinan el significado de las normas y se construye el fallo. La autora analiza exhaustivamente la noción de contexto, distinguiendo entre contexto lingüístico y extralingüístico; contexto espacio-temporal, situacional, sociocultural y cognitivo y, contexto material y simbólico; y emplea diferentes sentencias para mostrar cómo estos diferentes contextos influyen en la perspectiva de género.

¿Juzgar con perspectiva de género lleva a una única solución correcta? La cuestión de la única solución correcta ha dado lugar a muchas páginas en la literatura iusfilosófica, cuya respuesta depende de factores diversos, pero entre ellos me atrevería a destacar uno: la posición cognoscitivista o no acerca del significado de los juicios de valor, juicios presentes en buena parte de las decisiones judiciales. La autora no entra en esta controvertida cuestión (no es el objeto del libro); pero sí llega a una correcta conclusión: que *per se* la inclusión de la perspectiva de género no lleva a una única solución correcta. La autora es crítica frente a las voces que esgrimen que la integración de la perspectiva de género es la única vía para llegar a la solución correcta, y sostiene: a) que no existe una única forma de incluir la perspectiva de género en un proceso judicial al poder coexistir varios estereotipos de género en un

mismo precepto jurídico (lo que puede llevar a que evitar los efectos discriminatorios de ciertos estereotipos acabe reforzando otros) y, b) que el carácter esencialmente controvertido del principio de igualdad, conlleva que eliminar los efectos perversos de la igualdad en una de sus dimensiones puede ser perjudicial para la igualdad en otras. Cual sea la solución correcta depende de *concepciones* diferentes –dice– *del principio de igualdad*.

Para concluir, quisiera destacar tres aspectos de este libro. El primero es el enfoque analítico, alejado de cualquier tipo de impostura intelectual (tan frecuente últimamente en algunos estudios de género): se plantea el tema con claridad, se definen cada uno de los términos clave, tanto los que tienen que ver la perspectiva de género («estereotipos de género», «perspectiva de género» y «aplicación del derecho con perspectiva de género») como con la aplicación del derecho.

En segundo lugar, frente a una visión neutral de la aplicación del derecho, aun imperante en la dogmática jurídica, la autora pone de relieve el componente ideológico y valorativo de la misma. La aplicación del Derecho tiene en última instancia un carácter valorativo e ideológico. En este sentido, como señala la autora, tanto las ideologías patriarcales como las que provienen del feminismo son políticas, y recuerda que las primeras «legitiman un conjunto de estereotipos que son la causa directa de conductas discriminatorias contra las mujeres así como de relaciones asimétricas de poder que las perjudican».

Un tercer aspecto es el perfil garantista. La autora señala que la perspectiva de género no faculta a los jueces para resolver los casos en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico; «la forma en que se ha actuar ante una situación como esta dependerá de las competencias que les concede cada ordenamiento jurídico». Cuestión esta que no es baladí dado el auge de posiciones principialistas (neoconstitucionalistas, iusmoralistas,...) cuya compatibilidad con el principio de legalidad y las reglas del juego de los actuales Estados de Derecho es más que discutible. Lo que la autora defiende en este libro es «que se eliminen de los procesos judiciales todas las creencias ideológicas de género que no sean compatibles con las normas y principios del ordenamiento jurídico que debe aplicar [el juez] para resolver los casos, *en particular aquellas que sirven para legitimar conductas lesivas del derecho a la igualdad de alguna de las partes*».

Para concluir, es obligado decir que se trata un trabajo en el que la autora muestra un conocimiento profundo no solo de la perspectiva de género sino también de la aplicación del Derecho (como lo ponen de relieve sus trabajos sobre esta materia.), que seguro constituirá un punto de referencia inexcusable para todos los juristas, especialmente para aquellos dedicados a la tarea de juzgar, pero también para el legislador (quien debería partir de esta obra para incorporar algunas de las ideas al derecho positivo). Para finalizar con palabras de la autora, «*las autoridades judiciales deben asumir el reto y las dificultades para cumplir con sus exigencias aunque no existan criterios precisos de aplicación de la perspectiva de género. Afirmar que la resolución de un caso se ha hecho con perspectiva de género exige demostrar la entrada de una creencia nociva y sus efectos discriminatorios en el caso partitura que se ha juzgado. Una vez demostrados estos extremos los órganos jurisdiccionales deberán decidir cómo evitar sus consecuencias y qué mecanismos pone el ordenamiento a su disposición para hacerlo*».

Victoria ITURRALDE SESMA
Universidad del País Vasco

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: *Teoría general de las decisiones judiciales*. Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, 500 pp.

La ingente obra del catedrático emérito de filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, Rafael Hernández Marín, está presidida por un esfuerzo de precisión y claridad que viene exigido por su profunda convicción de que el análisis filosófico no difiere fundamentalmente, ni en cuanto a método, ni en cuanto a pretensiones, de los rigurosos caminos de la ciencia, sino que tan solo se distingue de ella en el más amplio alcance de su objeto de estudio. Las teorías jurídicas, aquellas teorías que tratan de explicar la realidad del Derecho, deben estar en armonía con las teorías generales que explican cada aspecto de la realidad: física, matemática, lingüística, etc. La concepción del Derecho como una isla de conocimiento que se rige por sus propios criterios no es aceptable desde el punto de vista de una concepción racional del mundo, por muy razonables que puedan parecer sus conclusiones, al quedar estas aisladas del resto del corpus de conocimiento global.

Como parte de esta empresa, y desde hace algunos años, las preocupaciones de Hernández Marín han estado protagonizadas por el intento de comprender y explicar la actividad judicial. Fruto de ello es la trilogía que se cierra con este último libro que ahora comentamos. Todo empieza con *Las obligaciones básicas de los jueces* (2005), continúa con *Razonamientos en la sentencia judicial* (2013) y tiene ahora su brillante colofón con *Teoría General de las decisiones judiciales* (2021).

En este libro se exponen las tesis del autor sobre la actividad judicial, sobre la aplicación del Derecho, sobre la corrección de las decisiones judiciales, en su máximo grado de madurez, tras una aguda depuración y tras años de serena reflexión. El resultado sobrecoge por su sobriedad, precisión, profundidad y alcance.

El libro se vertebra en 49 tesis que el autor introduce, explica y desarrolla a lo largo de los siete capítulos que componen la obra. Estas tesis integran una teoría, jurídica y general, sobre los requisitos que el Derecho exige a la decisión de un litigio. El cumplimiento de tales requisitos permite evaluar la corrección de la decisión judicial por su conformidad con el Derecho. A su vez, esta teoría general de las decisiones contiene una serie de subteorías (ontológico jurídica, de la interpretación, de la aplicación, de la corrección material) en las que se pueden encuadrar las diversas tesis aludidas. Todo esto nos da una visión de detalle, al mismo tiempo que nos ofrece un mapa completo de toda la materia. Hay pocas obras de filosofía jurídica en lengua castellana a las que les sienta bien el calificativo de «analítica». Esta, desde luego, es una de ellas.

Los «Preliminares» que integran el Capítulo I constituyen, en sentido propio, el nexo de conexión de las tesis específicamente expuestas en este libro con las tesis que el autor ha venido desarrollando en obras anteriores, tesis sobre ontología jurídica, sobre interpretación, sobre función judicial, etc. Este capítulo comienza con la afirmación de que la identificación de los requisitos que el Derecho exige a la decisión judicial depende de: a) la concepción del Derecho que sostengamos, y b) cómo entendamos los requisitos que ese Derecho exige a la decisión judicial.

Para resolver la primera cuestión se expone la tesis ontológico jurídica sostenida por el autor, en polémica con otras tesis que se han venido defen-

diendo al respecto. Para resolver la segunda cuestión, se exponen los dos tipos de requisitos que debe reunir una decisión para ser correcta.

Aunque las tesis ontológicas están ya formuladas, incluso ampliamente, por Hernández Marín en otros lugares de su obra, creo que aquí son expresadas con una claridad y nitidez superior a la de ocasiones anteriores: el Derecho es un conjunto de enunciados contenidos en cuerpos jurídicos; los cuerpos jurídicos son documentos aprobados por los órganos del Estado y publicados. Es más, hace explícitas determinadas conclusiones que en otros lugares habían quedado solamente implícitas, como las que se refieren a la naturaleza de la moral en cuanto a fenómeno exclusivamente psíquico y su trascendental diferencia con el Derecho que no es un fenómeno psíquico, sino material.

Queda también especialmente claro como esta tesis ontológico-jurídica se integra en una concepción ontológica total, coherente con la pretensión de unidad de la ciencia, en armonía con una visión holista de la realidad. Aunque en el ámbito filosófico esta posición no es extraña, resulta llamativa en los terrenos de la filosofía jurídica acostumbrada a refugiarse en una ontología particularista y especialmente laxa.

La noción de corrección de la decisión judicial descansa en el cumplimiento de los dos tipos de requisitos que el Derecho exige a las decisiones judiciales: procesales y materiales. Una decisión plenamente correcta o conforme al Derecho es una decisión que es procesalmente conforme al Derecho y materialmente conforme al Derecho.

El segundo capítulo está dedicado a la corrección procesal de las decisiones judiciales. La corrección procesal supone el cumplimiento de tres categorías de requisitos: requisitos formales, requisitos subjetivos y un requisito sui generis que deriva de la exigencia de que las decisiones judiciales estén motivadas. Es importante destacar como todos estos requisitos son independientes del contenido o sentido de la decisión.

El tercer capítulo, por su parte, aborda la corrección material de las decisiones judiciales. La teoría de la corrección material de las decisiones judiciales hace depender la corrección de la decisión judicial del contenido de la decisión, o del contenido de decisiones de signo opuesto. Una idea importante que se extrae del tratamiento de la corrección de las decisiones judiciales es que no se debe identificar la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho con la de decisión judicial que aplica el Derecho. Por eso, lo que se tiene que exigir a los jueces es que dicten decisiones que sean materialmente conformes al Derecho, y no necesariamente decisiones que apliquen el Derecho.

No obstante, la noción de aplicación del Derecho es fundamental para determinar la conformidad de la decisión judicial al Derecho. Por ello es imprescindible una teoría de la aplicación como la que el autor se esfuerza en esbozar. Una teoría de la aplicación que cuenta, como rasgo relevante, la explicitación de una ontología jurídica que revela la noción de Derecho que la teoría asume (lo que nos permite ser conscientes de qué es lo que se aplica cuando se aplica el Derecho). Una teoría que pone de manifiesto que el papel de la aplicación es distinto en las decisiones estimatorias y en las desestimatorias, dado que las decisiones desestimatorias no aplican el Derecho material. Una teoría que distingue entre la aplicación de los enunciados primarios y secundarios. Una teoría que no define la aplicación por medio de la noción de deducibilidad o consecuencia, como nociones cuya adaptación a los enun-

ciados jurídicos es, cuanto menos, discutida, cuando no, sencillamente, imposible.

Al tratar de constatar si una decisión judicial aplica o no un enunciado jurídico, cobra especial importancia la comprensión del enunciado aplicado. Por ello resulta esencial desarrollar una teoría (subteoría dentro de la teoría general de las decisiones judiciales) de la interpretación del Derecho. Las tesis acerca de la interpretación del Derecho que se sostienen en esta obra son las que ya habían sido presentadas en obras anteriores del autor, como *Compendio de Filosofía del Derecho* (2012) o *Razonamientos en la sentencia judicial* (2013), y que resultan de la evolución de su pensamiento en un problema que le viene preocupando desde sus primeros trabajos.

Estas teorías se justifican y explican en este libro con el aporte de las más recientes tesis de filosofía del lenguaje (F. Recanati, K. Bach, J. K. Campbell, J. Perry, etc.). Siendo la interpretación uno de los más recurrentes tópicos en la filosofía jurídica actual, llama mucho la atención como toda esta literatura, fundamental para encontrar algún sentido en un tema tan endiablidamente complicado como es de la noción de significado, haya sido sistemáticamente ignorada, incluso por los más concienzudos y brillantes expositores actuales de la materia (con alguna notable excepción, como p. Chiassoni o F. Poggi).

De este modo, superando las arcaicas clasificaciones de sentido estricto y sentido amplio, voluntad de la ley y voluntad del legislador, etc., trata de identificar la esencia de la interpretación del Derecho dentro de una tipología mucho más extensa y precisa: sentido lingüístico, sentido ocasional mínimo, sentido saturado, sentido enriquecido y sentido querido por el legislador. Las consecuencias que se extraen de su análisis de la interpretación son múltiples y algunas de ellas impactantes, alterando de manera radical las concepciones tradicionales sobre la interpretación y, por extensión sobre la aplicación del Derecho.

Buena parte del mérito de la teoría de la aplicación del Derecho de Rafael Hernández Marín, de la solidez que aporta a la explicación de la actividad judicial, consiste en aclarar la naturaleza de la relación de aplicación entre la decisión judicial y el enunciado jurídico aplicable, superando la vieja concepción del silogismo y las insustanciales concepciones recientes de la argumentación. En particular, considera que esa relación es de tipo sintáctico cuando se trata de aplicar un enunciado primario, mientras que la aplicación de enunciados secundarios se basa en una relación de tipo semántico, la relación de referencia.

Las tesis sostenidas sobre la aplicación de los enunciados jurídicos son la base sobre la que se fundamenta la tesis sobre la aplicación del Derecho que se sostiene en la obra: la tesis de que aplicar el Derecho consiste en aplicar un elemento del Derecho. Tesis que, aunque parece obvia, ha recibido fuertes contestaciones, si bien, como pone de manifiesto el autor, todas ellas arbitrarias y sin base.

La distinción entre corrección material y corrección procesal de las decisiones judiciales ya estaba presente en alguna de las obras anteriores de Hernández Marín, pero en la presente aumenta su precisión al diferenciar la conformidad material al Derecho material (abreviadamente, conformidad al Derecho material) y la conformidad material al Derecho procesal. La posibilidad de que la corrección material de la decisión (y no solamente su corrección procesal) venga determinada por el Derecho procesal constituye una observación novedosa que sirve para poner de relieve el papel desempeñado

por el Derecho procesal, papel sistemáticamente olvidado por la teoría jurídica al tratar la aplicación del Derecho.

Por otro lado, cuando la decisión es conforme al Derecho material es necesario distinguir entre decisiones desestimatorias y no desestimatorias. Cuando se trata de decisiones no desestimatorias hay que distinguir entre decisiones penales y civiles. Para las penales solo se exige que la decisión aplique el Derecho, pero en las civiles se exige, además, congruencia. La justificación de esta tesis es especialmente original y está basada en la que los litigios penales están regulados normalmente por normas secundarias que imponen al juez una determinada decisión, lo que entraría en colisión con las exigencias de congruencia, mientras que los litigios civiles están regulados por normas primarias, que no exigen al juez una específica decisión.

Especial mención merece el tratamiento que hace el autor del tópico de la creación judicial del Derecho. El análisis de la tan debatida cuestión se resume en la afirmación de que los tribunales, y en especial el Tribunal Supremo, crean Derecho nuevo al motivar sus decisiones, pero ese Derecho nuevo es jurídicamente incorrecto, puesto que los tribunales no tienen autorización para crear Derecho nuevo (y cuando la tienen, la tienen por una norma jurídica, como el artículo 1.6 del CC que es claramente incorrecta). Estas reflexiones encuentran su complemento en el capítulo final, cuando el autor reflexiona sobre la actividad creadora del Derecho del juez en la elaboración de la doctrina jurisprudencial.

El tema de la discrecionalidad, y cómo dicha situación afecta a la corrección material de las decisiones judiciales, es el argumento del cuarto capítulo. En este capítulo analiza las tres situaciones que protagonizan el debate sobre la discrecionalidad judicial en el seno de la filosofía jurídica contemporánea: las lagunas legales, las antinomias y los casos dudosos.

En el detallado análisis de estos tres tipos de cuestiones subyace la potente crítica a la tradicional dualidad determinación/indeterminación del Derecho que ha embarrado los análisis sobre la adjudicación judicial, poniendo de manifiesto que este dualismo de soluciones extremas resulta inaceptable desde la consideración de la experiencia de los sistemas judiciales reales. Ni todo el Derecho es una inmensa zona de discrecionalidad, como parecen asegurar los apóstoles de la indeterminación, ni toda solución está predeterminada en el Derecho, y toda duda es siempre resoluble, como se entiende desde el bando determinista. Lo cierto es que existen problemas reales que proceden de la insuficiencia de los mecanismos judiciales para adquirir el conocimiento de los hechos relevantes, así como de las insuficiencias del lenguaje empleado en los textos legales (particularmente la ambigüedad de los enunciados y la vaguedad de los términos). Estos problemas son susceptibles de generar dudas, lo cual no quiere decir que siempre se generen, sobre la decisión conforme al Derecho material. Pero en estas ocasiones las normas procesales pueden auxiliar al juez indicando cual es la decisión que aplica el Derecho procesal y que, por lo tanto, es materialmente conforme al Derecho procesal.

El autor pone de manifiesto algo que los juristas prácticos tienen asumido en su trabajo cotidiano, pero que ha sido sistemáticamente ignorado por los estudios de teoría del Derecho sobre la adjudicación: decidir conforme al Derecho procesal supone también decidir conforme a Derecho y, aunque no sea la situación ideal, sí que constituye un buen «plan B», en palabras del autor, cuando no hay certeza sobre la solución conforme al Derecho material.

El quinto capítulo del libro está dedicado a la motivación de las decisiones judiciales. En este tema, el autor parte de las reflexiones recogidas en su libro anterior, *Los razonamientos en la sentencia judicial* (2013) para elaborar un cuadro completo sobre la motivación en el que trata de dar respuesta a dos cuestiones: 1) Qué tipo de entidad es la motivación de una decisión judicial; 2) Cómo debe ser la motivación de una decisión judicial.

La tesis que sostiene Hernández Marín al respecto consiste en entender que la motivación es un razonamiento que intenta probar que una decisión es correcta, es decir, que es conforme a Derecho. No es suficiente, por tanto, con un razonamiento que justifique la decisión (entendiendo justificación en un sentido excesivamente lato), sino que hace falta que ese razonamiento intente probar algo, intente probar la conformidad de la decisión al Derecho.

Para ello, la motivación debe incluir un razonamiento que se acomode a las reglas jurídicas que regulan la motivación de las decisiones judiciales; estas reglas pueden ser de dos tipos, reglas generales y reglas especiales.

En cuanto a las primeras, destaca la exigencia de que la motivación se adecúe a las reglas de la lógica y la razón. El autor identifica las reglas de la lógica con las reglas lógicas clásicas y las reglas de la razón con la razón científica, lo que excluye construir los razonamientos judiciales en base a tesis falsas o arbitrarias.

En cuanto a las reglas especiales, se trata de normas jurídicas que introducen excepciones a las reglas generales y que pueden afectar a los distintos tipos de subrazonamientos que deben integrar la motivación de la decisión (razonamiento interpretativo, razonamiento ontológico jurídico, razonamiento probatorio).

El razonamiento probatorio merece un análisis más detallado, siendo este un tópico que ha sido profusamente discutido por la filosofía jurídica de los últimos años. Hernández Marín se esfuerza en poner en orden la cuestión partiendo de las reglas que regulan el razonamiento probatorio como reglas que establecen qué enunciados pueden formar parte del razonamiento probatorio y qué razonamientos están autorizados. Por lo que se refiere a las reglas que establecen qué enunciados pueden formar parte del razonamiento probatorio se resumen en tres cláusulas: 1.ª cláusula, que el enunciado se refiera a un hecho procesal y sea verdadero; 2.ª cláusula, que el enunciado se refiera a un hecho extraprocesal y sea notoriamente verdadero; 3.ª cláusula, que el enunciado sea conclusión de un razonamiento que cumple dos requisitos: 1. las premisas de ese razonamiento pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho; 2. es un razonamiento autorizado por el Derecho. Esta última se presenta, por tanto, como una cláusula recursiva.

El análisis del razonamiento probatorio y de los enunciados probatorios, es decir, los que afirman que algo está probado (enunciados probatorios positivos) o bien que algo no está probado (enunciados probatorios negativos), se completa con el análisis del cumplimiento del estándar legal de prueba, de la verdad y de la conformidad con la realidad extraprocesal como propiedades independientes predicables de los enunciados probatorios.

El siguiente capítulo se sirve de las nociones que acaban de ser introducidas para poner de manifiesto que, si la finalidad fundamental que preside la obligación de los jueces de decidir conforme a Derecho reside en el acatamiento de la legalidad material, esta finalidad está obstaculizada por dificultades de diverso orden, la mayoría de las cuales están vinculadas a la necesidad de respetar las normas procesales que regulan la actividad judicial. Así, la exigencia de congruencia en los procesos civiles (no así en los penales,

como quedó de manifiesto anteriormente) puede suponer un obstáculo para poder dictar la decisión que resulta conforme a la legalidad material.

Pero, sobre todo, la exigencia de motivación puede suponer que la decisión que cumple la legalidad material no pueda ser motivada tal y como el Derecho establece. En la mayoría de las ocasiones esto se debe a que la verdad de un enunciado probatorio es independiente del hecho de que dicho enunciado satisfaga el estándar legal de la prueba. Y parte de la culpa de estas discrepancias la tienen algunas de las reglas que regulan la prueba, al impedir que determinados enunciados probatorios que son conformes a la realidad extraprocesal sean también conformes al estándar legal de la prueba. Estas reglas tienden a proteger determinados intereses, pero muchas veces a costa de otros que deberían quedar salvaguardados por la legalidad material que resulta incumplida.

El último capítulo, el séptimo, opera a modo de recopilatorio de las actividades que el Derecho exige a los jueces, clasificándolas en cinco tipos (la actividad procesal, el acto de juzgar o decidir, el acto de decidir procesalmente conforme a Derecho, el acto de decidir materialmente conforme a Derecho y la actividad justificatoria), así como analizando las recíprocas relaciones entre estos diversos tipos de actividad.

Este recopilatorio de la actividad judicial sirve de excusa para introducir el análisis de una serie de actividades que la teoría jurídica, e incluso la práctica judicial, suele incluir, a veces con gran entusiasmo, entre las funciones de los jueces. La valoración crítica de estas actividades sirve de cierre a la obra en cuanto reflexión acerca de las perniciosas consecuencias de algunos modos de entender la actividad judicial que se desvían de los parámetros jurídicos que le sirven de guía.

Aparté de la mención al silogismo judicial y a la ponderación como operaciones tanto innecesarias como inapropiadas, la actividad jurisprudencial o creación de doctrina jurisprudencial, a la que se alude en muchas ocasiones como necesaria actividad de los jueces para resolver dudas de interpretación o, en general, cualquier tipo de dudas en la decisión de un caso litigioso, es sometida a una rigurosa evaluación crítica. La conclusión es preocupante: la intervención de los órganos judiciales, principalmente los de superior jerarquía, complementando el Derecho no solo se produce cuando las dudas parecen en cierto modo justificar su actuación, sino también cuando no hay duda alguna y los tribunales alteran impunemente la legalidad. Y para ello se amparan en teorías jurídicas (sobre la naturaleza del Derecho, sobre la interpretación, etc.) que no tienen ningún fundamento y son reconociblemente falsas.

En definitiva, puede decirse que la pretensión principal de esta obra es, precisamente esa: ofrecer una teoría rigurosa y sólida que actividad judicial, clara y contrastable, que haga posible una evaluación objetiva de la actuación de jueces y tribunales conforme a Derecho. Ni más, ni menos.

Juan José INIESTA DELGADO
Universidad de Murcia

HERMIDA DEL LLANO, Cristina: *Recensión «Discriminación racial, intolerancia y fanatismo en la Unión Europea»*, coordinado por Cristina Hermida del Llano, Dykinson, Madrid, 2020, 226 pp.

La obra colectiva titulada «*Discriminación racial, intolerancia y fanatismo en la Unión Europea*», publicada en el año 2020 y editada por DYKINSON, S. L., es el resultado del sobresaliente y esmerado curso «*The prohibition of racial discrimination in the European Union*» impartido durante tres cursos consecutivos desde 2017 a 2020 en la Universidad Rey Juan Carlos. Dicho curso de 114 horas anuales es el fruto de la concesión de la Cátedra Jean Monnet, por parte de la Comisión Europea, a la profesora Cristina Hermida del Llano, gracias a su esfuerzo investigador y compromiso con la difusión del Derecho de la Unión Europea y, en particular, de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Aunque el objetivo principal de la Cátedra Jean Monnet es el de fomentar la enseñanza y la formación de futuros profesionales en los mecanismos y retos pendientes en todo el mundo, pero especialmente en el ámbito de la Unión Europea, en este caso particular, el foco estaba puesto en la lucha contra la discriminación racial, la intolerancia y la xenofobia.

Cristina Hermida del Llano, doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos; actualmente es también presidenta de la Asociación Española de Hispanismo Filosófico, académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y miembro de la Comisión de Ética Judicial en el Consejo General del Poder Judicial. Es autora de numerosas obras, como son «*José Luis López Aranguren (1909-1996)*» (1997), «*J. L. L. Aranguren: estudios sobre su vida, obra y pensamiento*» (1997), «*Filosofía moral y filosofía jurídico-política de J. L. L. Aranguren*» (1997) o «*Filosofía del derecho y del Estado: de Sócrates a Séneca*» (1999). Resulta notoria su labor desarrollada en aras de avanzar por un auténtico cumplimiento del principio de igualdad de trato, tal es así que ha publicado numerosas obras al respecto como «*Los derechos fundamentales en la Unión Europea*» (2005) o «*La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación*» (2017), amén de sus cerca de cien colaboraciones en obras colectivas como son «*Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*» (2018) o «*Fenómeno religioso e dinámico del multiculturalismo*» (2018), entre otras muchas.

Los expertos que han sido invitados a compartir sus conocimientos y experiencias a lo largo de los tres cursos académicos han plasmado sus reflexiones en la obra objeto de la presente recensión. Grandes figuras son las que dan forma a este libro, las cuales destacan la importancia que suscita combatir la discriminación, y más ahora que estamos presenciando el alza de los ideales racistas y xenófobos en el mundo. Promueven la concienciación para no bajar la guardia en la protección de la diversidad cultural, poniendo especial interés en la discriminación racial (sobre todo frente a las personas y colectivos pertenecientes a minorías de etnia gitana), religiosa y lingüística.

La obra está estructurada en dieciséis apartados bien diferenciados, en los que cada autor aporta su granito de arena. Una serie de autores ha tratado la lucha contra la discriminación en las instituciones y organizaciones internacionales europeas.

Herbert Schambeck, catedrático emérito de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Johannes Kepler de Linz (Austria), rescata el pensamiento de Francisco Suárez, uno de los precursores de lo que hoy en día es la Unión Europea. Este pensador anticipó la necesidad de que un ordenamiento jurídico rigiera las relaciones entre los Estados, el cual se habría de originar con la búsqueda del bien común. Los países se necesitan mutuamente, son perfectamente complementarios y comparten una unidad tanto moral como política. Estas ideas son las que han terminado por plasmarse en el todavía inacabado proceso de integración europea.

José María Gil Robles, expresidente del Parlamento Europeo, presenta una fotografía sobre la fase actual de este procedimiento de integración y ofrece su visión acerca de la situación actual de la Unión Europea, en la cual, a pesar de las vicisitudes arrastradas durante los últimos años, destaca que los miembros están comprometidos a trabajar de forma constante y prudente en el proceso de integración europea. El expresidente del Parlamento Europeo hace ver que la Unión se ha convertido en sí en una fuerte herramienta contra los delitos de odio, aunque admite que la política de inmigración es un ámbito en el que la Unión ha de trabajar más a fondo y que se ha generado en varios países europeos un sentimiento de rechazo a los solicitantes de asilo.

Otro grupo de autores, ha centrado más su discurso en la discriminación racial y étnica. Nicolás Marugán Zalba, miembro del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), explica los conceptos de discriminación, tolerancia, intolerancia, delito de odio y discurso de odio y los elementos que integran a todos estos. Pone de manifiesto que, pese a que se ha avanzado en la elaboración de textos jurídicos, existe una clara falta de voluntad política a la hora de implementarlos. Hay ámbitos en los que es preciso redoblar esfuerzos, como en la educación, en el sistema judicial o en el mercado laboral. Igualmente señala la importancia de conocer, de la manera más fiel posible, la situación en la que realmente se encuentra la discriminación en el mundo.

Heribert Franz Koeck, catedrático emérito de Derecho Internacional Público de la Universidad Johannes Kepler de Linz (Austria), expone su punto de vista sobre la cuestión de la existencia o no de razas diferentes. Para él, el núcleo del problema radica en que la sociedad tiende a unir las ciencias naturales junto con las humanidades, debiendo primar siempre esta última. La solución no está en negar la existencia de razas, sino en anteponer la dignidad humana por encima de la ciencia. Para llegar a esta conclusión, introduce los significados que los términos de discriminación racial y étnica, raza, etnicidad y racismo tenían para las antiguas civilizaciones y narra su evolución a lo largo de los siglos.

Juan Antonio Delgado de la Rosa, doctor en Filosofía e Historia Contemporánea, aborda la tolerancia a la diversidad desde un punto de vista filosófico. Haciendo referencia a Nietzsche, aboga por que la humanidad mantenga una auténtica buena voluntad por convivir en una sociedad libre y pluralista. Para ello, recalca que es fundamental trabajar en la educación, el respeto mutuo y el bien común, de tal manera que no se impongan verdades absolutas y se limiten las necesidades de uno mismo cuando solapan las de los demás. Tanto los Estados, como los individuos tienen la obligación de luchar por una sociedad armoniosa y tolerante.

También hay espacio en la obra para el análisis de la discriminación y persecución por motivos religiosos. Gaetano Dammacco, catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado y Canónico de la Università degli Studi di

Bari «Aldo Moro» (Italia), muestra su preocupación ante el aumento de países que restringen la libertad religiosa. En 2015, el porcentaje de Estados con niveles altos o muy altos de hostilidad religiosa aumentó en cuatro puntos porcentuales con respecto al año anterior. Argumenta que el fanatismo, el fundamentalismo y el integristismo son conceptos que están presentes desde el momento en el que la religión se desvía de la fe, y esto acontece principalmente cuando se producen desequilibrios sociales. El autor presenta una serie de ejemplos en los que podemos apreciar esta clase de hostilidad, la cual va en aumento desde la crisis económica de 2007. Sin embargo, esto no queda solo aquí, lo peor de todo es que estos sentimientos violentos pueden extenderse más allá de los ideales religiosos.

Roberta Santoro, profesora de Derecho Eclesiástico del Estado y Canónico de la Università degli Studi di Bari «Aldo Moro» (Italia), considera que la globalización ha traído consigo la creación de una sociedad multicultural, en donde la religión es un aspecto que los poderes públicos han de tener en cuenta para un nuevo tipo de ciudadanía integradora. La intolerancia religiosa ha conducido a que diversos grupos se vean obligados a huir de sus hogares, lo que a su vez da lugar al incremento de las solicitudes de asilo.

La cuestión de las lenguas minoritarias es abordada por Joanna Osiejewicz, directora del International Legal Communication Research Center de la Universidad de Varsovia (Polonia). Realiza una presentación del reconocimiento que ejerce el Derecho Internacional, y denuncia la tendencia de los Estados a no comprometerse con la adhesión a textos jurídicos que sancionen de manera decidida el incumplimiento de la protección y promoción de estas lenguas.

Antonio Incampo, catedrático de Filosofía del Derecho de la Università degli Studi di Bari «Aldo Moro» (Italia), aborda el asunto de la responsabilidad frente a los delitos. Se plantea la cuestión sobre cómo ha de tratarse a los ciudadanos fuera del Estado y a los extranjeros dentro del mismo, ya que no todos los países y no todas las culturas castigan los hechos de igual manera. El autor también se pregunta por el papel que toman las condiciones de vida del Estado natal del reo en el significado de la pena, puesto que en cada país las sanciones no son percibidas de la misma manera. Ciertamente no es un asunto nada fácil de tratar, debido a la falta de unidad en las penas.

Otro conjunto de autores analiza los movimientos extremistas y el discurso de odio. Javier Leiva Bustos, doctor en Filosofía de la Universidad Autónoma de Madrid, muestra su preocupación por la fuerza ascendente de las ideologías extremistas. Recoge las ideas de la pensadora Hanna Arendt y las transpone al extremismo del siglo XXI. Y es que es en los momentos de crispación social, económica y política cuando emerge este tipo de movimiento. El extremismo sobrepasa las fronteras de la moralidad para lograr alcanzar sus metas y para ello hace uso de la manipulación de los sucesos a su conveniencia. Reflexiona sobre la paradoja del uso de métodos racionales para la consecución de objetivos irracionales y analiza la forma en la que estos grupos engendran una división entre el «nosotros» y el «ellos».

Aránzazu Novales Alquézar, profesora asociada de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos, aboga por una cultura pública de la igualdad que promueva la escucha, el diálogo, la comprensión y la colaboración para ponerse en el lugar del otro. Se adentra en la búsqueda del buen ciudadano y en la importancia de no separar lo «ideal» de lo «real». Igualmente, se pregunta de qué manera se ha de actuar para que la sociedad encuentre un objetivo común que disminuya el sentimiento de envidia, el cual tantas hostilidades acarrea.

José Antonio Santos, profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos, reflexiona sobre los límites de la libertad de expresión. Apuesta por el modelo europeo que, debido a los estragos ocasionados por los regímenes fascistas en el continente, impone limitaciones a la libertad de expresión, frente al modelo estadounidense, donde prevalece el principio de neutralidad. Considera imprescindible que en Estados democráticos, las instituciones no infravaloren el discurso de odio. Aprovecha su espacio también para manifestar la peligrosidad de las corrientes negacionistas.

No podía faltar en una obra sobre la discriminación, la mención a los movimientos migratorios. Rafael Martín Rivera, profesor doctor de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos, lleva a cabo un análisis histórico sobre la evolución de la inmigración y sus implicaciones en cada momento; al igual que analiza los motivos que desembocan en estos desplazamientos. Para terminar, plantea una serie de preguntas al lector para que este reflexione sobre el tipo o tipos de civilizaciones actuales y futuras.

Por último, otros dos autores han prestado especial atención a la minoría de etnia gitana. En el proceso de integración europea se tiene en cuenta a todas las culturas. Millán Requena Casanova, titular de un Módulo Jean Monnet de la Comisión Europea y profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alicante, nos muestra cómo la Unión Europea, pero también el Consejo de Europa contribuyen a la protección e integración de la población gitana. Ya el derecho originario establece el principio de igualdad de trato como uno de los valores fundamentales de la Unión, pero además han derivado directivas dirigidas específicamente a combatir la discriminación. El autor expone una serie de intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales instan a otorgar una protección especial a los gitanos y nos hace ver una de las indignas consecuencias que provocan los estereotipos y los prejuicios; en esta ocasión, haciendo referencia al acceso a los bienes y servicios.

La coordinadora de la obra, Cristina Hermida del Llano, acerca al lector a la situación de la minoría étnica más numerosa de Europa y, a su vez, una de las más maltratadas, los gitanos. Hace una especial referencia España, país en el que suponen aproximadamente el 8% de la población total de gitanos europeos. Advierte de que el caso de los gitanos es cuanto menos singular, puesto que aun habiendo compartido siglos de historia con el resto de europeos, continúan siendo un grupo rechazado de forma generalizada en todos los Estados. Tanto es así, que el Consejo de Europa ha llegado a calificar al «antigitanismo» como «una forma específica de racismo»². La autora recoge las iniciativas practicadas por parte de las instituciones europeas para combatir esta injusticia, así como el papel fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La profesora explica también la lenta toma de conciencia de las instituciones españolas con el problema de los gitanos, las cuales ya desde el año 1985 comenzaron a darse cuenta de la necesidad de llevar a cabo una estrategia a largo plazo que promoviese la integración de esta minoría en la sociedad.

² Recomendación de Política General núm. 13 de la ECRI «Sobre la lucha contra el antigitanismo y las discriminaciones contra los Romaníes/Gitanos», adoptada el 24 de junio de 2011.

Ciertamente, este trabajo, resultado del curso «*The prohibition of racial discrimination in the European Union*», es un ejercicio sumamente necesario para concienciar a la sociedad del problema que está creciendo a pasos agigantados en el mundo, pero especialmente en Europa. La obra no decepciona en ningún momento, más bien todo lo contrario, resulta altamente esclarecedora e invita al lector a reflexionar y a cuestionarse si de verdad los grupos minoritarios se sienten integrados y si convendría redoblar los esfuerzos para preservar uno de los aspectos más bellos de la civilización: la igualdad en la diversidad. Pero más allá incluso de la igualdad, la armonía y fraternidad.

Sin lugar a dudas, las conclusiones que sacan a la luz este elenco de autores no pasan en ningún momento desapercibidas y no dejarán a nadie indiferente. El libro ofrece una visión panorámica de la situación actual de la discriminación y el odio. Da al lector un recorrido por los principales mecanismos que adoptan las organizaciones internacionales para combatir estas injusticias con la suficiente dimensión como para que el lector pueda formarse su propia opinión sobre si son o no los adecuados.

Es de agradecer que los autores comiencen sus aportaciones con un análisis histórico del asunto que van a tratar, tal así como de los términos y su significado en cada momento del tiempo. No solamente por motivos didácticos, sino porque conocer el pasado de las cosas y su evolución, permite comprender mucho mejor el presente, función que en esta ocasión cumplen con creces.

Es una obra que invita a leer a todo tipo de lectores. Los estudiantes y estudiosos del Derecho puede que estén más familiarizados con el lenguaje, pero esto no supone ningún obstáculo para los lectores que carecen de estudios jurídicos puesto que también entenderán perfectamente el mensaje que se pretende dar. Sirve para todo aquel que quiera sumergirse en esta materia por vez primera, pero también para los más veteranos; pues resultan enriquecedores los discursos de los autores.

Igualmente invito a las personas que nunca han mostrado interés en la materia por dos motivos. El primero de ellos es que el cumplimiento del principio de igualdad de trato es un deber que nos concierne a todos, como individuos y como sociedad. El segundo es que, una vez leído, generará al lector una curiosidad por adentrarse más aun en la lucha contra la discriminación y los delitos de odio.

Ahora más que nunca son fundamentales iniciativas como la de Cristina Hermida del Llano coordinando esta lectura, una mujer fuertemente comprometida con la igualdad de trato que ha dedicado, y está dedicando, parte de su vida al estudio y promoción de los valores que arropan a este principio. Los movimientos extremistas están poniendo en peligro la integridad física y moral de las personas pertenecientes a las minorías y a una de las esencias de la Unión Europea. Por ello es fundamental no cesar en la concienciación de los europeos para que no se dejen engañar y sean capaces de identificar cuándo se presenta una amenaza irracional ante la diversidad cultural.

Mario MERINO
Universidad Rey Juan Carlos

SANDEL, Michael: *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, Allen Lane, 2020, 272 pp. ³

El talento de Michael Sandel no consiste tanto en ser capaz de escribir obras filosóficas divulgativas con potencial de *best-seller*, como en hacerlo con fidelidad al rigor académico que se supone en un profesor de Harvard. Tanto las ideas de Sandel como su proyecto público intelectual pueden gustar más o menos, pero no es fácil encontrarle los fallos. Conducirse con igual soltura en niveles de discurso tan diversos como los que recorre habitualmente es una habilidad notable, y hacerlo sin incoherencias filosóficas ni estridencias retóricas, sabiendo ser simple sin ser simplista, demuestra una virtud especialmente apreciable en los tiempos que corren.

Sin duda, estas cualidades están presentes en su última obra, *The Tyranny of Merit*, escrita con el telón de fondo de la pandemia global, de los penúltimos desmanes de Donald Trump en la presidencia de los Estados Unidos, y de la convulsión europea provocada por el *Brexit*. Debo confesar que le he dado más de una vuelta antes de decidirme a reseñar la obra, no porque le prevea un recorrido escaso (solo el nombre del autor augura lo contrario), sino porque su registro transita con tanto atrevimiento entre lo académico y lo *quasi* periodístico que cabe dudar si la reseña es realmente apropiada en un foro como este. Como muestra: el libro contiene más referencias a Trump, Obama o los Clinton que a Rawls o a Dworkin.

Estas líneas atestiguan que he resuelto la duda en un sentido afirmativo, y el principal motivo para hacerlo ha sido el más natural: su contenido estrictamente académico es relevante para los ámbitos de la filosofía jurídica, política y ética, entra en debate con algunas de las principales ideas contemporáneas, y propone una posición propia sólida y relativamente original. Acompaño esta justificación de una advertencia: no siempre es fácil deslindar lo académico de lo no-académico en Sandel, lo cual es la otra cara de la moneda de la proverbial legibilidad de su literatura. Aún así lo académico constituye una línea explícita y fácil de seguir, jalonada por argumentos y nombres relevantes, y en ocasiones es incluso posible considerarla aisladamente (el mejor ejemplo quizás, el capítulo 5, sobre la «ética del éxito», que constituye en sí mismo un pequeño ensayo autónomo sobre teoría ética y de la justicia).

El propósito de Sandel en su nuevo libro es criticar el ideal meritocrático que, de forma explícita o implícita, domina las discusiones sobre la justicia y los criterios de éxito y fracaso social en los Estados Unidos sin duda, en todo el hemisferio occidental con variantes, y vía la globalización en el mundo entero. La oportunidad de su ensayo es indudable, pues Sandel sitúa en los perversos efectos secundarios de la meritocracia el germen del *trumpismo*, del *Brexit*, del ascenso de los partidos de extrema derecha, y de otros fenómenos que a brocha gorda se vienen calificando como populismo.

Por mucho que sea hegemónica en el discurso político contemporáneo, y por mucho que pretenda entroncarse (de forma tramposa, luego lo vemos) con un ideal griego clásico de gobierno de los mejores, la meritocracia no es justa.

³ Reseño a partir de la edición original en lengua inglesa. Existe edición española publicada por la editorial Debate con el título *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* (traducción de Albino Santos Mosquera).

Lo expresa y argumenta Sandel con esa contundencia, que exige aclaración frente a una contracrítica fácil: ¿entonces deberían acceder a los puestos cualificados los menos capaces? Obviamente no, ni cuestiona Sandel, ni creo que pueda cuestionar nadie con sentido común, que en una buena organización social debería haber un encaje lo más ajustado posible entre responsabilidades, capacidades y talentos. Lo que sí cuestiona Sandel es que ese encaje traiga consigo una relevancia moral. Su razonamiento parte de unas líneas bien conocidas, pues corresponden básicamente con las ya trazadas por Rawls: ni es mérito nuestro el equipamiento de talentos y capacidades con que nos ha dotado la lotería natural, ni tampoco lo es que en la sociedad y momento histórico en que vivimos sean esos talentos y capacidades los apreciados. Por supuesto, y quizás más importante, tampoco es demérito lo contrario. Una teoría de la justicia debería ser, por tanto, ciega a los talentos y a las capacidades, dijo Rawls, velo de ignorancia mediante, y ratifica Sandel.

Sin embargo, y sin menospreciar la influencia que Rawls ha ejercido en temas de justicia distributiva, parece que este mensaje no ha calado, sino más bien al contrario. Sandel nota lo que cualquiera puede constatar: el creciente desplazamiento de las discusiones sobre justicia al ámbito del reconocimiento y de la igualdad de oportunidades. Desde las políticas de discriminación positiva que irrumpieron hace ya décadas hasta los departamentos de igualdad que con múltiples denominaciones proliferan en los gobiernos actuales, desde el *Me Too* y el *Black Live Matters* hasta el movimiento para la incorporación de las mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas, las luchas actuales por la justicia se plantean sobre todo en términos de igualdad de oportunidades. Se trata de lo que Nancy Fraser ha llamado reivindicaciones de reconocimiento legal o cultural, por las que los grupos que se han visto tradicionalmente marginados reclaman dejar atrás ese estado subalterno para poder competir en la vida social, política y económica en pie de igualdad con los tradicionalmente privilegiados. Reivindicaciones que la propia Fraser distingue de las de redistribución socioeconómica, que tienen que ver con el logro de una igualdad efectiva en las condiciones de vida entre individuos, con independencia de cuestiones de identidad o pertenencia.

A efectos prácticos, las reivindicaciones de reconocimiento se traducen en las políticas de igualdad de oportunidades, que en sí mismas ya estaban asentadas en el núcleo de la filosofía rawlsiana (explícitamente como el segundo elemento de su segundo principio de justicia). Sin embargo, de lograrse la perfecta igualdad de oportunidades, señala Sandel, esta nos situaría en la posición de poder competir en la carrera de manera justa (más en el sentido de *fair* que de *just*), colocándonos a todos en la misma línea de salida. Pero el problema, prosigue Sandel, no está (solo) en la línea de salida: el problema está (también y fundamentalmente) en la carrera.

Y la carrera es una carrera meritocrática, una carrera en la que ganamos o perdemos en base a unas cualidades, talentos y capacidades que nos merecemos tan poco como el color de los ojos, la calidad de nuestra voz, o cualesquiera otras características personales arbitrarias. Una meritocracia que las políticas de igualdad de oportunidades, más que dejar inalterada, en realidad refuerzan a base de insistir en la retórica competitiva («queremos *competir* en pie de igualdad») y en el propósito de situar al individuo en las mejores condiciones para que desarrolle sus talentos y capacidades, y con su propio esfuerzo luche por obtener el éxito merecido. Ahora bien, la justicia económica, que es otra cosa, no consiste en que miembros de un grupo tradicionalmente marginado tengan por fin la posibilidad de alcanzar las mejores posi-

ciones en sociedades radicalmente desiguales. La justicia económica consiste en que las sociedades no sean radicalmente desiguales. Y las nuestras lo son.

También son tecnocráticas, y aunque tecnocracia y meritocracia no sean lo mismo, casan bien. Las cualidades personales y profesionales que se aprecian, que se valoran (en el mercado, ahora llegamos a esto) son de tipo técnico, y cuanto más técnico más meritorias parecen. Aquí se descubre tramposa la vinculación de la meritocracia con el ideal griego del gobierno de los mejores, a la que me he referido antes. Era aquel un ideal meritocrático, sí, y elitista en su esencia. Pero alejado de la meritocracia contemporánea en que por «los mejores» se entendía a los más virtuosos, y los principales puestos de gobierno, según aquellos filósofos, debían ser para quienes sobresalieran en la virtud por excelencia, a saber, la de identificar el bien común a través del debate público, del raciocinio y de la deliberación.

Que la política contemporánea no está yendo por ahí es algo que Sandel se ocupa en justificar, aunque en realidad sea redundante para cualquier lector mínimamente informado. Pero quizás ni siquiera es a la política a la que tenemos que mirar, porque la tecnocracia contemporánea en la que se juegan las victorias y las derrotas meritocráticas es esencialmente una tecnocracia mercantil. Tecnocracia mercantil que ha dominado el mundo (no es una expresión) vía la globalización que muchos llaman neoliberal y que Sandel, con una neutralidad que me parece acertada en su desenfado, adjetiva como «*market-friendly*». Los ganadores y los perdedores de nuestro mundo son los ganadores y los perdedores de un juego normado por los llamados mercados globales; son estos los que determinan quién gana y quién pierde, lo cual se traduce (indebidamente) en quién *merece* ganar y quién *merece* perder.

Se nos mezclan aquí dos puntos: uno de ética económica y otro de psicología social. En su estilo canónicamente analítico, Sandel los distingue bien. El de ética económica le lleva a adentrarse en un terreno en el que se siente cómodo: el de los orígenes del liberalismo económico y del libertarismo filosófico *à la* Hayek. Y en ese trayecto nos subraya algo que, sin ánimo alguno de afiliarse a ese paradigma (es Sandel, el de *What Money Can't Buy*), nos muestra unos perfiles conceptuales que a menudo se pierden en la crítica más frontal. Defender que el mercado en régimen de *laissez faire* sea la manera más eficiente de distribuir recursos humanos y materiales no es lo mismo que defender que el resultado de esa distribución sea éticamente valioso. Los *free marketeers* se distinguen de Rawls en la voluntad de corregir ese resultado: los primeros no tienen interés ni siquiera en intentarlo, mientras que el segundo basa en dicha corrección la singularidad de su filosofía política. Pero ese es otro debate, un debate en que Sandel no entra en esta obra, y que para nada cuestiona la distinción esencial, el salto filosófico insalvable, entre valor de mercado y valor ético.

Por ejemplificarlo: el hecho de que los futbolistas profesionales ganen abrumadoramente más que las maestras de educación primaria no dice nada sobre la contribución social que hacen unos y otras. Simplemente dice (si nos creemos los principios de la economía clásica) que según la mecánica del libre mercado a los futbolistas se les paga abrumadoramente más que a las maestras. Para los libertarios eso no es un problema. Para Rawls tampoco lo es (con matices, que ahora no tocan) siempre que esa desigualdad revierta en los más desfavorecidos, vía el principio de diferencia. Pero ninguna de las dos partes en el debate, ni los libertarios siquiera, sostienen que esta diferencia refleje la contribución que hacen a la sociedad el futbolista o la maestra de educación primaria, mucho menos su valía personal.

¿Entonces quién es quién sostiene esto, quién confunde el valor en el mercado con el valor de contribución social, quién da a la oferta y a la demanda relevancia ética? Pues en realidad todos, dice Sandel, lo acabamos haciendo, y aquí entro en el segundo de los puntos que he señalado más arriba, el de psicología social. Ni Rawls ni los de Chicago pretendieron que valor de mercado equivaliera a valor social, mucho menos a valor moral, pero ambos son igualmente responsables (sí, Rawls también) de haber extendido en forma vulgarizada esa equivalencia, que ahora permea la sociedad en todas sus capas. Y esa equivalencia obtiene su máxima expresión en el ideal meritocrático, esto es, en la idea de que aquellos que tienen más mérito valen más, y que ese mérito lo determinan las habilidades, cualidades y talentos que valora la sociedad, lo que a día de hoy es tanto como decir que valora el mercado.

Se trata de un deslizamiento que ya tiene *mutatis mutandi* su precedente histórico. En una tesis típicamente weberiana, Sandel nos retrotrae a la doctrina calvinista de la predestinación para situar ahí los orígenes de la meritocracia mercantilista. Aunque a mi juicio la digresión daba para más que el uso que Sandel le otorga, el meollo de la cuestión es bien conocido, y su tratamiento de la misma suficiente en el contexto de este libro. La doctrina calvinista original concebía la prosperidad material como signo de salvación: si prosperamos en este mundo es indicación de que en el otro nos espera la gloria eterna. Pero los humanos somos ansiosos por naturaleza, y el signo se convirtió inadvertidamente en causa: hay que prosperar aquí *para* garantizar la gloria eterna allí. Avanzando la historia, y eliminado el elemento religioso, desapareció con él la promesa del premio ultraterreno, pero el mecanismo sigue siendo el mismo y la ansiedad se hace más patente. El éxito, o lo que los sociólogos llaman el ascenso en la escala social, se convierte en el fin en sí mismo, merecida consecuencia de los propios talentos, de las propias capacidades y del propio esfuerzo.

En este discurso, que vertebra explícitamente la motivación de muchas carreras profesionales e implícitamente la de casi todas, el dinero con que el mercado recompensa a cada uno no es solo un bien que permite satisfacer necesidades, sino que se convierte en el marcador o criterio de tanteo en el juego de la vida. La economía invade un terreno que no es el suyo, y con ello se produce un movimiento doblemente perverso: se le da al dinero la importancia que no tiene, y se le quita al trabajo la importancia que tiene. El aspecto honorífico de este, vinculado a la idea de la dignidad del trabajo, suena a nostalgia de tiempos pasados frente a una concepción instrumental del empleo (¡empleo!) como el medio para lograr puntos en la dura competición de la vida.

Ahí entra la retórica meritocrática, echando pimienta en la herida. El discurso del talento, del esfuerzo y de la superación es fácilmente leído por el perdedor en sentido opuesto. No solo le va mal a usted, sino que le va mal porque carece de talentos, porque no se ha esforzado, porque no tiene lo que sea que hay que tener para poder triunfar. Si además existen políticas de igualdad de oportunidades de las que se ha podido beneficiar, y no lo ha logrado, ni siquiera formar parte de un grupo discriminado le vale como excusa. En definitiva: si le va mal es su culpa y solo su culpa. Y viceversa del otro lado. En una sociedad meritocrática mostrar humildad es casi un deber supererogatorio para quien ha alcanzado el éxito. Lo ha conseguido, se lo ha ganado, se lo merece.

Para criticar los efectos secundarios de la meritocracia Sandel la compara, con cierta ironía, con las sociedades aristocráticas (que por supuesto no

defiende *per se*). Ambas desiguales, en estas últimas los desposeídos podían maldecir su suerte, pero no sufrían la tortura de la auto-inculpación. De la misma manera, los privilegiados disfrutaban su posición sin la orgullosa afirmación de superiores talentos o de mayor esfuerzo: la sangre o el abolengo bastaban. Las cosas ahora son distintas. Los jóvenes hacen carreras de diseño, entrando en competencia ya desde la elección de estudios y universidad, una competencia progresivamente global, y que se va volviendo más selectiva conforme se avanzan etapas. ¿Quién les puede decir, si y cuando alcanzan el éxito por el que han luchado, después de un camino de sacrificios y no infrecuentemente notables costes psicológicos, que no merecen el fruto de su esfuerzo y de sus talentos? Y en cuanto a los trabajadores industriales del llamado primer mundo, que han visto como sus puestos se deslocalizan a partes del globo donde otros hacen el doble por la mitad de sueldo, ¿quién les puede convencer de que no son los culpables de perder su empleo y de no encontrar salida ni adaptación a las nuevas formas de la economía? A la precariedad se añade la humillación y esta deriva en rabia. Llega un Donald Trump sabiendo lo que hay que decir, y acabamos donde estamos. «¡El populismo!», se quejan las élites. Los efectos de la meritocracia, responde Sandel, inevitables por más que indeseados.

En mi opinión, la línea argumental comentada en los párrafos anteriores justifica sobradamente el interés de la obra reseñada para nuestra comunidad académica. Exige, cierto, una selección del grano entre la paja, aunque en descargo de Sandel vale decir que la paja con que rellena el libro es muy legible y no carece de relevancia, cuando menos política. Pero existen además valores que podríamos considerar periféricos en relación con esa línea central y que refuerzan el interés de la obra.

Seguramente el más relevante de entre estos para un público académico sea la consideración de la propia educación (y en particular la universitaria) como objeto de estudio destacado al que se dedica un capítulo entero del libro, además de menciones a lo largo de todo el texto. Esta consideración se explica por el importante papel que la educación juega en el proceso meritocrático, donde actúa como «*the sorting machine*», esto es, una auténtica máquina clasificadora que discrimina entre los distintos talentos y capacidades y los orienta hacia allí donde son más oportunos para el mercado (el término no es baladí) laboral. Si en su instrumentalización el trabajo parece perder algo de lo que lo hace digno, en la educación las cosas son aún más graves, pues esta ve comprometida directamente su propia esencia convirtiéndose en «medio para» (desarrollar las capacidades, rentabilizar el esfuerzo, ejercitar los talentos, demostrar los méritos, lograr el acceso a carreras profesionales que permitan ascender en la escala social, etc.). Encuadrando su reflexión en un análisis cualitativo y cuantitativo muy bien documentado sobre la evolución de la educación superior en Estados Unidos desde mediados del siglo pasado, Sandel muestra cómo los efectos perversos de la meritocracia se manifiestan ya en la casilla cero, con un sistema de admisiones crecientemente competitivo que convierte el estudio y el aprendizaje de las etapas juveniles en una experiencia frustrante para muchos perdedores y opresiva y estresante incluso para los ganadores. Aunque el campo de análisis esté aquí circunscrito a la realidad norteamericana, sin duda posee interés para nosotros como mínimo por dos razones. Primera, porque la tensión entre el aprendizaje como fin en sí mismo y el aprendizaje como preparación utilitaria para el mercado de trabajo es una tensión esencial de la universidad en todos los lugares (y quizás tiempos). Segunda, y muy concretamente, porque

la retórica competitiva de la educación estadounidense se ha extendido y se sigue extendiendo de manera creciente en lo que se va dando en llamar el paradigma de la educación global.

Esta argumentación convencerá más o menos. Creo que es un truismo entre los colegas, el cual suscribo, que cuanto mayor sea la concentración en un aula de talento y capacidad, mejor será la experiencia educativa, sea cuál sea la materia y su propósito. No creo que Sandel contradiga expresamente eso, pero sí pienso que puede ser una resistencia importante a la hora de dejarse convencer por sus tesis (que incluyen la propuesta de un sistema propio, más justo a su entender, de acceso a la universidad). Pero el valor último del libro no depende solo de su capacidad de convencimiento, sino también de la oportunidad y relevancia de las preguntas y de la lucidez de los argumentos mediante los que las responde. Incluso quien no acepte la totalidad de su posición, e incluso quien se mantenga como un defensor sin tapujos de la meritocracia, habrá encontrado en el camino toda una serie de puntos críticos muy iluminadores, y en mi opinión acertados en el fondo, con relativa independencia de la valoración de la tesis *in toto*. Y junto a ellos un mensaje de alcance existencial: la invitación a reconocer humildemente que cómo nos va en la vida depende más de Dios, del destino o de la pura suerte (según creencias) que de nosotros mismos.

César ARJONA SEBASTIÀ
(ESADE. Universitat Ramon Llull)

RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, Juan Ramón: *Casos difíciles de conciencia judicial*, ISBN 978-84-1377-195-3, Dykinson, Madrid 2020, 293 pp.

El libro que reseñamos representa la meditación, a modo de un alto en el camino, de un juez que, «después de ejercer treinta años de Judicatura [...] reflexiona sobre la justicia, la belleza y la verdad» y que, sabemos, movido por el aprecio de estas hondas virtudes, nunca ha dejado de interesarse con empatía y humanidad por las personas, en especial por aquellas que «malheridas, cargadas de pesar e incertidumbre han llegado a las orillas de su Juzgado», dice Fernando Pinto Palacios⁴ (16) en el estupendo «Prólogo jurídico» sobre el autor de este libro. No menos enriquecedoras son las palabras de presentación del «Prólogo ético» de Manuel Suances Marcos⁵, en opinión del cual este libro que presentamos «es como una novela viva de muchos actos en la que el actor principal muestra su saber, humanidad, compromiso y entrega», un libro «vivo y realista» sobre la justicia que «nunca pudo uno imaginar» (11) y en el que descubrimos la conciencia en acto de un juez.

Este juez es Juan Ramón Rodríguez Llamosí, magistrado en ejercicio, decano de los Juzgados de Alcorcón (Madrid). Aunque sobradamente cualificado desde el punto de vista jurídico, como demuestra el hecho de sus treinta y tres años de ejercicio judicial tras el ingreso en la carrera judicial por el turno de oposición libre en 1991, Rodríguez Llamosí ha demostrado siempre poseer una honda estimada por la justicia y la verdad. De ahí que en él veamos a quien «con la toga del juez estudia la ley, la jurisprudencia y cumple con sus deberes profesionales», pero también a quien «con la mente del filósofo indaga en el verdadero sentido de la justicia y en el extraordinario papel que tiene para la convivencia social», dice Fernando Pinto (16). En última instancia, como bien sabían los clásicos verdad, justicia... y belleza, que tanto interesan a nuestro autor, son aspectos convergentes de una honda y pluriforme realidad, obtenidos desde distintas angulaturas cognoscitivas. En una palabra, son conceptos distintos, pero indican una y la misma realidad, demasiado rica para quedar agotada en una sola aprehensión conceptual. El propio autor así lo entiende y expresa en la «presentación» cuando llama en causa «la conjunción de tres transcendentales en un solo acto: justicia, bondad y belleza» (20), afirmando asimismo que en el acto de juzgar resuena no solo la ética del bien que se ha de hacer y del mal que se ha de evitar, sino también la expresión de algo que es como debe ser, perfecto en tal sentido: íntegro, proporcionado y refulgente. De otro lado, como bien sabían los clásicos, la intersección del *verum* y del *bonum* (tanto ético, como jurídico) conforma el vasto e imponderable campo de la *verdad práctica*, al cual pertenecen las ciencias prácticas, en particular la ética y el derecho. Pero como quiera que ética y derecho enuncian sus principios necesariamente de un modo general, el acto del juzgar consiste inevitablemente en determinar *in concreto* (con el consiguiente riesgo que la acción y lo particular conllevan) las exigencias generales de lo bueno y lo justo-mandado. De ahí que en ese determinar *in concreto* la generalidad de la norma la conciencia del juez fluctúe como las

⁴ Fernando Pinto Palacios es magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, además de doctor en Ciencias Jurídicas.

⁵ Manuel Suances Marcos es catedrático de Filosofía de la UNED.

olas del mar que van y vienen y oscile como el péndulo con su tic tac, como dice hermosamente el autor (cf. 27), a la vez que experimenta «la duda, la inquietud y el dilema» (27).

En otras palabras, la praxis judicial está necesariamente regida por la conciencia y la prudencia. La conciencia judicial no actúa de forma automática. No procede como una computadora. Bien al contrario, sopesa, calibra, evalúa y decide, «interpretando el espíritu de la letra para poder decidir ‘en conciencia’ lo más certeramente posible» (25). Un juez es no solo un *iurisperitus*, sino sobre todo un *iurisprudens*, es decir, aquel que aplica con la necesaria prudencia y circunspección las reglas generales del derecho. He aquí, pues, la conciencia del juez, aquella disposición de la *razón práctica* que domina la vida profesional del juez y de la que nuestro autor, dice, va a tratar este libro (cf. 20-21). «A tratar de dar una respuesta a este enigma moral de la conciencia en el ámbito judicial se encamina este trabajo» (21), dice Rodríguez Llamosí. Y para que no quede duda reitera a renglón seguido: «En este libro pretendo [...] poner al lector en relación con un tema importante a la hora de tomar decisiones judiciales y sobre el cual poco o nada se ha escrito: la conciencia judicial» (21).

* * *

El libro consta de tres partes: una primera, titulada «El juramento y la conciencia», dedicada a cuestiones de *principios* éticos y jurídicos y otras dos dedicadas a la exposición de *casos* judiciales, civiles y penales, que se han presentado en las puertas de su Juzgado. Después de una oportuna introducción, la primera parte, plantea tres grandes cuestiones: 1) «¿Está sometido el juez a todo tipo de leyes?», con los interesantes epígrafes dedicados a «¿Qué ocurre cuando las leyes son injustas?» (34-47) y «¿Qué ocurre cuando las leyes son incompletas?» (47-52); 2) «¿Qué significa administrar recta e imparcial justicia?», donde se estudian dos cuestiones ulteriores: si es dado a los jueces interpretar el Derecho para después aplicarlo (52-58) y qué papel desempeña la conciencia judicial en la administración de justicia recta e imparcial (58-63); 3) «Cumplir mis deberes judiciales frente a todos», estudio que se divide, a su vez, en la consideración de cuáles son los deberes judiciales (63-81) y qué significa ese cumplimiento «frente a todos» (81-91). La parte segunda se dedica a «Casos civiles de conciencia judicial» (93-189). La tercera, finalmente, a «Casos penales de conciencia judicial» (191-282). El libro se cierra con un Epílogo (283-297) y una Bibliografía (289-293). Nosotros, dada la reducida extensión de una recensión, nos limitaremos a exponer y valorar algunos aspectos de la primera parte de este libro.

* * *

En la primera parte, dedicada a cuestiones de *principios*, como ya se ha referido, el autor repiensa la conocida fórmula del juramento que debió prestar, en un ya lejano año de 1992, el día de la toma de posesión de su plaza judicial. La fórmula de aquel juramento rezaba así: «Juro guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes frente a todos».

De tal juramento extrae analíticamente el autor las cuestiones y su reverso, los dilemas, sobre los que se reflexiona en este capítulo. Las cuestiones abordadas son: 1) el sometimiento exclusivo del juez al imperio de la ley, 2)

la administración de recta e imparcial justicia y, finalmente, 3) el cumplimiento de los deberes judiciales *erga omnes*. De entre los dilemas que se suscitan a propósito de estos principios de la praxis judicial nosotros elegimos solo algunos, naturalmente los que estimamos de mayor densidad teórica. En relación con la cuestión primera estudiaremos el dilema de si el juez, que es aquel que imparte justicia, está sometido a las leyes injustas. En relación con la cuestión segunda, se aborda el gran dilema de la conciencia del juez en la impartición de la justicia. Finalmente, en relación con la cuestión tercera, nuestro autor considera algunos de los deberes judiciales más allá del modo al uso, planteándose particularmente preguntas de incontestable hondura epistemológica y ética, tales como el deber de juzgar con certeza moral y el deber de impartir justicia prudentemente.

El autor no omite interesantes observaciones sobre el carácter en cierto modo religioso —«casi religioso», dice— del juramento judicial, que aúna voluntad de justicia y conciencia vigilante como elementos esenciales de su profesión, por no referirnos a la invocación de Dios como testigo *coram conscientia* que todo juramento conlleva. Asimismo, no solo pronunciando el suyo, sino recibiendo el juramento (o la promesa) de otros profesionales de la Justicia, el autor estima haber llegado a la convicción de que es una suerte de rito sagrado, un pacto ético (y estético) con la sociedad, una alianza entre el juez y su conciencia y la sociedad en los términos del juramento (cf. 33).

* * *

A la pregunta de qué ocurre cuando una ley es injusta, nuestro autor no disimula su malestar personal ante cierta legislación por él considerada como tal. Naturalmente, admitir que una ley pueda ser injusta es tomar partido de antemano contra el *positivismo jurídico*. No debe olvidarse que fue precisamente el positivismo jurídico el responsable de la atmósfera intelectual en la que se gestó el vendaval de aquella barbarie jurídico-político acontecida, por ejemplo, aunque no solo, en la Alemania del *Tercer Reich*, como alega el propio autor. Junto con el perenne testimonio de Sófocles en su *Antígona* de que el mandato de un déspota no puede prevalecer contra las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses (cf. 42), el autor presenta un argumento de Gustav Radbruch que consideramos interesante. En efecto, nuestro autor expone la opinión de este filósofo del Derecho alemán, según el cual «cuando la ley positivizada se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad, el cual constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe abstenerse de aplicar esa ley por razones de justicia sustancial» (40). Aunque la tesis recién expuesta es un expediente meramente especulativo ante la cuestión de la posición del juez ante la ley injusta, no deja por ello de tener una consistencia interna. En efecto, el Estado, del que emanan los poderes de legislar, gobernar y juzgar, fue constituido por un pueblo compuesto de hombres libres e iguales que entregó el poder a un gobernante precisamente para la preservación y custodia de sus intereses (hoy diríamos derechos) fundamentales. Esta es la doctrina constante de autores como Cicerón, Aquino, Suárez, Grocio, Locke, etc. Así pues, la ley emanada de un órgano legislativo que se aparta del mandato recibido por el pueblo carece de aquella legitimación política y jurídica que legitima al juez en su función jurisdiccional. El juez administra la justicia que emana del pueblo, dice el artículo 117 de la Constitución. En un sentido no lejano de Radbruch, pero mucho más matizado, argumentaba Locke en sus *Essays on natural Law*

acerca de la esencial subordinación de la ley positiva a la ley natural como garantía y salvaguarda de todo intento de ejercicio despótico o tiránico de poder. Así, frente a toda pretensión abusiva del *legislador* y ante las veleidades de un *gobierno* despótico que pretendiera arrogarse potestades que exceden su competencia ejecutiva, la ley natural se yergue como la salvaguardia fundamental de los derechos fundamentales de los ciudadanos, para cuya custodia fue precisamente constituida la misma sociedad política, es decir, el Estado. Además, y por lo que respecta a los súbditos, solo la ley natural garantiza debidamente tanto el respeto como el sometimiento a las leyes *en conciencia* y no por mera constricción exterior⁶.

No obstante estas razones, el autor admite que el recurso a la objeción de conciencia está vedado al juez, quien como funcionario dedicado institucionalmente a la administración de la justicia no puede sustraerse a la ley vigente ni al mandato de tutela legal solicitada. El Tribunal Supremo, asimismo, ha rechazado con buenas razones la objeción de conciencia judicial (cf. 45), de manera que «su [del juez] sometimiento a la ley no admite excusa de ninguna clase» (45). Así pues, en tales circunstancias a un juez solo le quedaría el recurso de promover de algún modo una cuestión de inconstitucionalidad, acogida por el poder legislativo, que anulara la ley considerada injusta.

Otro dilema relacionado con el sometimiento judicial al imperio de la ley se presenta cuando se cae en la cuenta que el juez, como ser humano que es, tiene una conciencia de la que no debe prescindir en el ejercicio de su función. Si la ley y la conciencia son los polos objetivo y subjetivo de todo obrar humano (tanto ético como jurídico), «es necesario conjugarlos» (58). En efecto, la ley debe ser cumplida, pero su cumplimiento no es nunca el de un autómata, ni siquiera el de un simple animal, sino un *acto humano*, o lo que es igual, el acto de un ser racional y libre, un ser personal en última instancia. El cumplimiento humano de la ley, pues, y el sometimiento del juez a la ley que interpreta y aplica a cada caso se deben llevar a cabo siempre según la propia conciencia. Desde luego, aunque los moralistas disputan todavía al respecto, por *conciencia* suele entenderse el acto, más propiamente el juicio concreto (antecedente, simultáneo o consecuente) de la *razón práctica* sobre la rectitud ética (y también jurídica) de una acción. Esta es la llamada *conciencia actual*. Ahora bien, esta conciencia actual juzga *in concreto*, prudente y libremente, la indicación general de la llamada *conciencia habitual* (*sindé-*

⁶ Cf. J. LOCKE, *Essays on the law of nature*. Edición de W. von Leyden, OUP, Oxford 1954, I, ff. 18-20: «Pues, ¿cuál puede ser el aspecto de una comunidad política, cuál puede ser la constitución de un Estado o la seguridad de sus intereses, si aquella parte de la organización política que más que ninguna otra tiene el poder de hacer el mal puede obrar sin freno alguno según su voluntad, o lo que es igual, si en el poder supremo es posible el arbitrio más absoluto? ¿En qué situación se encontrarían los *intereses humanos* [*res humanae*] si no existiese otra ley superior, la *ley de naturaleza*, a la cual incluso los gobernantes han de obedecer, toda vez que estos (que disponen del poder de promulgar y derogar leyes a placer y de realizar cualquier acción en interés del propio gobierno, en virtud de su potestad sobre los demás) no están ni pueden quedar vinculados ni por las propias leyes positivas ni por las de otros? ¿Cuáles serían entonces los beneficios que la sociedad proporcionaría a los hombres, si estos se reúnen para formar un cuerpo político solo con el fin de ofrecer una presa más fácil al poder de otros?». Trad. propia

*resis*⁷ o luz inadmisibles del primer principio de la razón práctica), según la cual hay que hacer el bien y evitar el mal (*bonum faciendum, malum vitandum*). Ahora bien, como este principio es necesariamente universal y toda acción humana es particular, la conciencia propiamente dicha, la *conciencia actual*, es la llamada a responder a la cuestión siempre delicada de la rectitud moral o no de una acción particular. Desde luego, la conciencia es falible. Aún así, su dictamen (también si es erróneo) es obligatorio para quien, por carencia de ciencia o formación, no puede obrar de otro modo. En el contexto religioso, sobre todo calvinista, pero también católico, se ha dicho con frecuencia que la conciencia es la «voz de Dios». Tal afirmación carece de la debida justificación teórica y denota un moralismo invadente en la vida personal y religiosa. El autor cita en este contexto el *Emilio* de Rousseau (que también inspiró a Kant, sobre todo en su etapa precrítica), donde la conciencia es entendida como el ámbito íntimo y central de la persona, no lejos de lo que algunas escuelas morales, inspirándose en la Biblia, han llamado el *corazón*. También Pascal emplea dicho término en el mismo sentido. Sea de ello lo que fuere, la conciencia, que indica el reducto más íntimo de la persona, no es una parte, sino todo el hombre en cuanto obra de un modo humano y personal. En breve: la conciencia no es sino la luz de la inteligencia que alumbra y guía las acciones libres. De ahí que esta inteligencia práctica actual (es decir, la conciencia) deba ser instruida, formada y afinada. También debe serlo la conciencia de los jueces en el cumplimiento de su función jurisdiccional. Desde luego, los jueces deciden siempre *en conciencia*. No puede ser de otro modo. Pero sobre el papel que la conciencia juega en la labor judicial la ley guarda silencio. El autor sugiere sabiamente, por ello, un retoque –llamémoslo así– de los planes de estudio de las Facultades de Derecho en los que se dé cabida al estudio científico de la ética (cf. 62), la ciencia en definitiva de la que, más o menos delimitada, se nutre el Derecho.

Finalmente, en este repaso limitado a los dilemas y vacilaciones frecuentes en la vida profesional del juez queremos decir una palabra sobre el cumplimiento de dos deberes (o quizás metadeberes) de un juez: el deber de juzgar con certeza moral (cf. 68-71) y el deber de hacerlo con prudencia (cf. 72-74). En primer lugar, es importante afirmar que en todos los asuntos humanos no cabe otra forma de *certeza* que la *moral* o *humana*. Es este el tipo de certeza habitual en las acciones ordinarias de la vida. Certeza, de otro lado, es el elemento subjetivo del juicio en virtud del cual podemos decir: «Sí, es así». En ella se funda el asentimiento, presente implícitamente en todo juicio. En el fondo, en toda afirmación o juicio decimos no solo algo, sino también que sabemos que lo que decimos es así, porque se corresponde con la realidad. Pues bien, ese saber que lo dicho es así y, por tanto, verdadero, es la certeza. La certeza, pues, es la seguridad, siempre falible, de decir verdad. En tal sentido se dice estar seguro como equivalente de estar cierto. Todas las lenguas occidentales modernas admiten este uso. Pues bien, el juez debe juzgar con conciencia cierta, pero no se le exige una certeza matemática, imposible fuera del plano de las idealidades matemáticas, absolutamente al margen del campo inseguro de las acciones humanas, contingentes y libres.

⁷ Hoy sabemos que el término griego *sindéresis* procede de la corrupción de copistas medievales del término original *syneidesis*, que significa un aspecto reflejo o concomitante (*syn*, con) del propio acto de conocer (*eidesis*, conocimiento, ideación, etc.), que no es sino lo que literalmente dice el término *con-ciencia*.

Por eso, la certeza que basta al juez para, por ejemplo, apreciar y valorar una prueba que establece la realidad del hecho, es la certeza moral. Acerca de esta certeza el autor considera un progreso la determinación de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000 en su artículo 218.2 donde, frente a la omnimoda libertad dejada al juez por la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 10 de febrero de 1978 y de 11 de octubre de 1978) en la apreciación de las pruebas, se impone ahora la necesaria motivación de la sentencia de un modo más acotado, al establecer que: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas [...] La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito [...], ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón». Las últimas palabras de este artículo son una expresa declaración de la naturaleza racional del Derecho, conforme a aquel el principio de que «no puede ser conforme a Derecho lo que es contrario a la razón». Como dice nuestro autor, «la lógica y la razón constituyen siempre uno de los parámetros que conforman la motivación legal exigible en una resolución judicial, aplicable tanto al hecho como al derecho» (70). En cualquier caso, el juez debe considerar probado el hecho (certeza moral sobre la autoría) y las condiciones personales de su realización (certeza moral sobre su imputabilidad). No se exige ni cabe a este respecto una certeza absoluta. Basta «aquel tipo de certeza que excluye cualquier duda razonable sobre el acto y su imputabilidad» (70). De otro lado, dicha certeza debe estar fundada en razones objetivas, de las cuales la ley pide expresamente al juez que dé razón en la motivación de la sentencia para evitar toda arbitrariedad.

En segundo lugar, el juez debe ser prudente en la toma de sus decisiones. Para el juez, dice Rodríguez Llamosí, la prudencia es no solo una virtud, sino un deber primordial (cf. 73). La prudencia, como virtud fundamental de la conciencia, es la aplicación de la luz del conocimiento (como el término griego de *phronesis* deja entrever) a la acción. De ahí que sea a la vez la última de las virtudes dianoéticas (o teóricas) y la primera de las virtudes propiamente morales (o prácticas): el ojo de la vida moral, el auriga de la virtud (*auriga virtutum*), la productora de las demás virtudes (*genitrix omnium virtutum*), según expresiones que han recorrido los siglos expresando siempre esa idea. Prudencia es saber determinar y elegir, una vez recibida la luz de la verdad, lo bueno y lo justo en particular. Así como el prudente escucha atentamente, se informa, sopesa, valora y decide (o elige), así también debe proceder el juez, el *iurisprudens*, el prudente en derecho, atendiendo a la verdad para que su decisión sea buena. Otra vez aparece aquí la armonía de las propiedades transcendentales del ser. La justicia forma parte del *bonum*. Ahora, el *bonum* es precedido lógicamente y ontológicamente por el *verum*. De ahí que sea imposible obrar bien si no se hace en conformidad con la verdad. De ahí también que sea imposible ser justo u honesto si no se parte de la verdad. También la justicia, como el *bonum sociale* está precedida por el *verum*. En el reconocimiento de tal precedencia reside todo el estatuto moral de la *prudencia*, de la que el juez, obligado por la lógica y la razón, no puede prescindir.

Acabamos ya. Y lo hacemos celebrando este libro que estudia con finura analítica y elegancia literaria la cuestión siempre candente, aunque frecuentemente obviada, de la conciencia del juez.

Leopoldo José PRIETO LÓPEZ
Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas
Universidad Francisco de Vitoria

III

NOTICIAS

La comisión de ética judicial

La Comisión de Ética Judicial es un organismo independiente del Consejo General del Poder Judicial, cuya función esencial es la de emitir dictámenes e informes en relación con las consultas que les planteen los jueces y magistrados sobre la interpretación de los Principios de Ética Judicial.

Dichos Principios fueron aprobados por el Consejo General del Poder judicial con fecha 16 de diciembre de 2016, recogiendo en el texto principios generales de gran significación para los jueces y magistrados, como son los principios de independencia, imparcialidad e integridad, así como modelos de comportamiento relativos a la justicia como prestación de un servicio, tales como la cortesía, la diligencia y la transparencia, principios que el preámbulo de dicha disposición considera como indispensables para alcanzar una «justicia buena», en cuanto incorpore las cualidades necesarias en los jueces y magistrados para lograr el fin que le asigna la Constitución: la tutela de los derechos de la ciudadanía.

Dicho organismo está compuesto por seis miembros de la carrera judicial elegidos por todos los integrantes de la Carrera Judicial que se encuentren en situación de servicio activo, quienes nombran a su vez a otro miembro no judicial, un académico experto en Ética o Filosofía del Derecho.

Es importante destacar que las opiniones que emite la Comisión de Ética Judicial en sus dictámenes e informes tienen un carácter meramente orientativo, y la actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces y juezas. Tampoco puede servir de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado.

Desde el momento de su constitución formal, el 9 de mayo de 2018, la Comisión de Ética Judicial ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones relevantes para los jueces y magistrados integrantes de la Carrera Judicial, entre las que podemos destacar los siguientes dictámenes, por orden cronológico:

– Dictamen de 23 de enero de 2019, sobre «Principio de imparcialidad. Ejercicio de las facultades del juez en la mediación judicial».

- Dictamen de 12 de febrero de 2019, sobre «Participación de juez/a en actividad formativa o divulgativa organizada por Colegio de Abogados; imparcialidad, apariencia de imparcialidad; derecho y deber de formarse».
- Dictamen de 25 de febrero de 2019, sobre «Implicaciones de los principios de ética judicial en el uso de las redes sociales».
- Dictamen de 8 de abril de 2019, sobre «Imparcialidad. Información obtenida fuera del proceso. Uso de internet para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia».
- Dictamen de 12 de junio de 2019, sobre «Principio de integridad. Consideraciones éticas sobre la aceptación de regalos o cortesías».
- Dictamen de 3 de diciembre de 2020, sobre «Libertad de expresión de jueces y magistrados: consideraciones éticas sobre los límites de las opiniones o valoraciones en medios de comunicación sobre resoluciones judiciales propias o las dictadas por otros».
- Dictamen de 14 de enero de 2021, sobre «Participación en foros públicos (medios de comunicación, redes sociales, conferencias, etc.). Posible afectación a la imagen de independencia e imparcialidad. Límites de la libertad de expresión».
- Dictamen de 24 de febrero de 2021, sobre «Principios de independencia, imparcialidad, integridad y corrección: ejercicio de la libertad de expresión por los jueces y las juezas».

Todos los dictámenes emitidos por la Comisión de Ética Judicial están disponibles en la página web del Consejo General del Poder Judicial y de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (apartado investigación).

Cristina HERMIDA DEL LLANO
Universidad Rey Juan Carlos

Congreso Internacional sobre Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho. Sevilla, 1-2 de diciembre de 2021

A primeros de diciembre del año 2021 se celebró, de forma presencial, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el primer *Congreso Internacional sobre Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho*. A diferencia de la mayoría del seminarios y congresos jurídicos que se han organizado hasta ahora en torno a las implicaciones de la Inteligencia Artificial y las Nuevas Tecnologías en el mundo del Derecho contemporáneo, este congreso, nucleado en torno al Proyecto de Investigación PID2019-108155RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 «Biomedicina, Inteligencia Artificial, Robótica y Derecho: los retos del jurista en la era digital», con la colaboración oficial de la Agencia Española de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación, reunió a destacados especialistas en Nuevas Tecnologías, Informática, Robótica e Inteligencia Artificial jurídica dentro del panorama iusfilosófico español e italiano contemporáneo.

A la Filosofía del Derecho le corresponde el honor de haber sido la primera disciplina jurídica en haberse ocupado de cuestiones relacionadas con el Ciberderecho, la Informática jurídica, las Nuevas Tecnologías y su impacto en el ámbito de los derechos y las libertades de los ciudadanos en la sociedad global de la información. En este sentido, los primeros estudios iusfilosóficos sobre esta materia específica se publicaron hace ya más de cincuenta años en Italia, Inglaterra y España. A este respecto, entre nuestros clásicos de referencia destacan los trabajos de Mario G. Losano: *Giuscibernetica. Macchine e modelli giuscibernetici nel diritto*, Einaudi, Torino, 1965; Vittorio Frosini: *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981; Colin Tapper: *Computers and the Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1973; Antonio E. Pérez Luño: *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976. La investigación sobre Inteligencia Artificial, Robótica, e Informática Jurídica en clave iusfilosófica ha tenido su continuidad, hasta el presente, a través de los ensayos de, entre otros autores, Enrico Pattaro, *Intelligenza Artificiale e diritto dell'ambiente*, Edizione di Documentazione del Consiglio Regionale dell'Emilia-Romagna, Bologna, 1991; Giovanni Sartor: *Artificial Intelligence in Law*, Tano, Oslo, 1993; Ugo Pagallo: *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, Springer, 2013; Rafael de Asís Roig: *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

Entroncando con esta tradición de estudios iusfilosóficos en torno a Inteligencia Artificial y Robótica, en el encuentro científico internacional celebrado en Sevilla entre los días 1 y 2 de diciembre de 2021, participaron los autores de algunas de las publicaciones más recientes en una materia que no solo revolucionará el mercado profesional de la abogacía y la praxis del Derecho en general, sino también la enseñanza del mismo (hay una *communis opinio* respecto a la importancia de la Inteligencia Artificial Jurídica (en adelante IAJ) en la formación de los juristas y profesionales del Derecho en el futuro inmediato, pero, de cara a la elaboración de los planes de estudio,

habrá que consensuar en algún momento si esta materia constituirá *per se* una asignatura, o si sus contenidos principales se repartirán entre las disciplinas más concernidas por la IAJ: Filosofía del derecho, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Constitucional, Derecho Financiero y Tributario y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con la IAJ y la robótica como denominador común de las ponencias y comunicaciones presentadas a lo largo de en ambas jornadas científicas (impartidas, en su mayor parte, por iusfilósofos, pero también por especialistas en otras ramas del Derecho público y privado, procedentes de doce universidades españolas e italianas, el Congreso Internacional fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Prof. Dr. Alfonso Castro Sáenz, y a continuación dio inicio con la conferencia del Prof. Dr. Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid), que fue presentado por el co-director de este congreso, Prof. Dr. Fernando H. Llano Alonso. En su conferencia de apertura, el Prof. De Asís Roig reflexionó sobre las implicaciones ético-jurídicas de las Tecnologías convergentes en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales.

La jornada de la mañana del miércoles 1 de diciembre se completó con dos mesas redondas: en la primera de ellas, titulada: «Filosofía del Derecho, algoritmos y tecnologías digitales» intervinieron los profesores: José Antonio Seoane Rodríguez (Universidad de La Coruña), Thomas Casadei (Università di Modena-Reggio Emilia), Stefano Pietro Paoli (Università di Firenze), Roger Campione (Universidad de Oviedo) y Fernando H. Llano Alonso (Universidad de Sevilla), bajo la moderación del Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo (co-director del Congreso); en la segunda mesa redonda, moderada por el Prof. Dr. César Villegas Delgado, y que respondía al título: «Inteligencia Artificial y Robótica en el marco del Estado de Derecho», intervinieron las profesoras: Ana Garriga Domínguez (Universidad de Vigo), María Isabel Fernández Tapia (Universidad de Córdoba), Diana Carolina Wisner Glusko (Fundación San Pablo Andalucía CEU) y María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla).

La primera de las dos tardes del Congreso concentró las comunicaciones seleccionadas por el Consejo editorial de *Ius et Scientia. Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, que se encargará de la publicación de las mismas en los números 2/2021 y 1/2022, respectivamente. Esta primera mesa de comunicaciones fue moderada por el Prof. Dr. Joaquín Garrido Martín.

Las conferencias correspondientes al segundo día, jueves 2 de diciembre, se estructuraron en dos mesas redondas; la primera de ellas, bajo la rúbrica: «Nuevas dimensiones de la Inteligencia Artificial Jurídica y la Justicia Digital», fue moderada por el Prof. Dr. David Sánchez Rubio, y en ella intervinieron los profesores: Nuria Belloso Martín (Universidad de Burgos), José Ignacio Solar Cayón (Universidad de Cantabria), Álvaro Sánchez Bravo (Universidad de Sevilla) y Stefano Bini (Universidad de Córdoba); en la segunda mesa redonda, moderada por el Prof. Dr. Daniel I. García San José, y titulada: «Cuestiones ético-jurídicas en torno a la Robótica y el espacio digital», intervinieron los profesores: Olga Sánchez Martínez (Universidad de Cantabria), Manuel J. Rodríguez Puerto (Universidad de Cádiz), Leonor Moral Soriano (Universidad de Granada), Adolfo Sánchez Hidalgo (Universidad de Córdoba) y Laura Gómez Abeja (Universidad de Sevilla). Finalmente, en la sesión de tarde, moderada por el Prof. Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo, se defendieron el resto de comunicaciones seleccionadas.

El Congreso Internacional de Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho, que contó con un Comité Científico Internacional compuesto por los profesores: Manuel Gómez (Florida International University, USA), André Días Pereira (Universidade de Coimbra, Portugal), Javier García Oliva (University of Manchester, UK), Ana María Marcos del Cano (UNED, España), Andrea Rosetti (Università degli Studi di Milano, Italia), Ángeles Solanes Corella (Universidad de Valencia), Jorge Ulloa Plaza (Universidad Central de Chile) y Gianfrancesco Zanetti (Università degli Studi di Modena-Reggio Emilia, Italia), tendrá una continuidad en otoño de 2022, con una segunda parte que se desarrollará, también de manera presencial, en dos sedes: la Facultad de Derecho de Sevilla y el Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía, donde las conferencias se nuclearán en torno al siguiente tema: «Filosofía del Derecho, Justicia digital y seguridad jurídica».

Fernando H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Estrategia Minerva Podcast, una iniciativa para divulgar la filosofía

El 25 mayo de 2020 se emitió el primer episodio del nuevo *podcast* de Estrategia Minerva. El contexto general en el mundo era de desánimo y lucha de toda la sociedad en los meses más intensos de la pandemia de covid-19, que implicaron el encierro domiciliario de la inmensa mayoría de la población. Ello dio lugar a que se abriera un mundo nuevo donde las posibilidades de la tecnología se desarrollaban para continuar con actividades, en forma *online*, en todos los órdenes de la vida, también en la educación.

Estrategia Minerva había sido hasta entonces un *blog* donde se buscaba sumar enfoques sobre Teoría y Práctica de la Negociación, aplicaciones sobre la estrategia y una línea de divulgación de algunas referencias de la Historia de las Ideas. Las estadísticas de visitas de este Blog estaban siendo particularmente buenas, lo que unido al contexto general de la pandemia, las nuevas posibilidades de la tecnología fueron factores decisivos para que surgiera Estrategia Minerva Podcast.

Los objetivos del *podcast* se marcaron desde el inicio: «este proyecto busca convertir la Filosofía en algo práctico y útil para el día a día. Todos somos filósofos, pero nos preguntábamos ¿somos también estrategas? Así empezaba el primer *post* de Estrategia Minerva Blog. La Filosofía como actividad sirve de guía para comprender un mundo cada vez más complejo, diverso y global. La Filosofía académica busca ponerles un nombre preciso y técnico a las cosas, que todos estamos viviendo diariamente. Estrategia Minerva busca acercar la Filosofía a las personas, para que desarrollen su sentido crítico, conozcan mejor sus posibilidades y puedan tomar mejor sus decisiones.»¹

Estrategia Minerva Podcast se emite varias secciones que llevan por título: «Noticias filosóficas», «Vida examinada», «Entrevista». Cada una de esas tres secciones se desarrolla con dinámicas particulares, pero siempre con un objetivo en común: acercar la Filosofía a nuestras vidas cotidianas. Cada una de las secciones se publica en un episodio separado, salvo la sección «El Libro del Mes».

En la sección «Noticias Filosóficas», se presenta una selección de algunas piezas de actualidad para analizarlas desde el prisma de la Filosofía. Cada integrante del programa elige una noticia al mes para compartirla con el resto de participantes y señala los aspectos de la misma que, a su juicio, tienen más relevancia desde el punto de vista filosófico. Tras la exposición de cada noticia, se inicia un intercambio de perspectivas entre quienes participan en el programa. La finalidad de la sección es que la audiencia pueda relacionar la actualidad social y política con argumentos, perspectivas y enfoques teóricos de la Filosofía. Con ello, el programa pretende hacer un aporte doble a su público. En primer lugar, se busca proporcionar un análisis de la actualidad distinto del que se ofrece en la mayoría de los espacios de televisión, radio y prensa. Un análisis que vaya más allá del corto plazo y

¹ <http://estrategiaminerva.webphilosophia.com> consultado 31 de octubre de 2021.

enmarque los sucesos cotidianos en los grandes enfoques teóricos de la Filosofía contemporánea. Y, en segundo lugar, se aspira a potenciar la familiaridad de la audiencia con la Filosofía como herramienta para entender la realidad y no solo como un grupo de perspectivas académicas alejadas de los problemas que preocupan a la ciudadanía.

La sección «La Vida Examinada» está pensada para trasladar a un *podcast* de Filosofía la idea –que Platón atribuyó a Sócrates– de que una vida sin examen no merece la pena ser vivida. Con ese propósito, en este segmento analizamos sucesos de las vidas cotidianas de los miembros del programa, pero también producciones culturales como series, películas y libros que nos permitan extraer alguna enseñanza vital a través de la Filosofía. En este caso, se exponen de manera continuada las experiencias de análisis de quienes participan en el programa y, tras ello, se produce un intercambio general de visiones a raíz de las vivencias y lecciones vitales propuestas. Normalmente, tanto en esta sección como en la de noticias, participamos los tres integrantes habituales del programa. Pero uno de los objetivos actuales del *podcast* es ampliar el elenco de participantes, con las colaboraciones puntuales de miembros de la Asociación de Estudiantes y Egresados del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Junto a «La Vida Examinada» se publica la sección «El Libro del Mes», en la que reseñamos para la audiencia un libro de reciente publicación y debatimos algunos de los puntos más interesantes de su contenido.

Por último, el programa cuenta con una sección de entrevistas en la que nos visitan referentes en el estudio de la Filosofía y los derechos humanos en lengua castellana. Para cada entrevista, repasamos las publicaciones más recientes de nuestros invitados y les preguntamos por sus propuestas filosóficas. Así, la sección crea un puente entre la filosofía académica y la audiencia del *podcast*, permitiendo a esta última conocer las propuestas y reflexiones de grandes referentes del pensamiento actual. En cada entrevista, además, intentamos reforzar ese puente con dos preguntas que se repiten a todas las personas que nos visitan: ¿cómo enseñarían Filosofía en Bachillerato? y ¿cuáles son sus filósofos favoritos? La sección está pensada para favorecer la presencia paritaria de mujeres en los espacios de divulgación filosófica, como es Estrategia Minerva. Hasta la fecha, hemos tenido el privilegio de conversar con Javier Ansuátegui, Paula Casal, Ángeles Solanes, Fernando Llano, César Rendueles, Ana M.^a Marcos del Cano, Roberto Gargarella, M.^a Carmen Barranco Avilés, Álvaro Sánchez Bravo, J. J. Moreso, Encarna Bodelón, Octavio Salazar, M.^a Paz Pando Ballesteros y José M.^a Martínez de Pisón.

La manera en la que se han desarrollado las diferentes secciones nos ha dado la oportunidad de profundizar y desarrollar nuestra perspectiva no solo de la Filosofía, sino también de cómo podemos aplicarla para entender mejor y reflexionar sobre cómo articulamos nuestra visión del mundo desde el ámbito más sencillo hasta los temas más complejos que informan nuestra sociedad y sus diferentes colectivos. Tratar y diseccionar temas tan intrincados como el futuro de la biotecnología, los derechos de las minorías y su visibilidad como colectivo social, el tema de la prostitución y su encaje en las sociedades democráticas, la violencia de género y sus consecuencias, los derechos en el ámbito de la inteligencia artificial, o cómo entender los derechos humanos en una sociedad cada vez más virtual nos han servido para expandir nuestra visión de un mundo que está en constante cambio y que requiere de una explicación que ir más allá y servir como piedra angular de los

grandes debates que están en nuestro más cercano horizonte. Al tener la posibilidad de debatirlos tanto entre nosotros así como con las personas más conocedoras y expertas, han posibilitado un enriquecedor intercambio de ideas para poner sobre mesa las diferentes posturas que cada persona tiene y que solo confirma sus complejidades.

Una iniciativa de estas características tiene un elemento clave en el equipo humano. Los colaboradores fijos del *podcast* somos Guillermo Reyes Pascual, profesor de la Universidad de Kent; Jesús Mora, doctor en Estudios avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y Oscar Pérez de la Fuente, profesor de Filosofía del Derecho y Filosofía política de la Universidad Carlos III de Madrid².

Los episodios se pueden escuchar desde las plataformas de *podcast* más populares como Ivoox, Apple, Spotify. Actualmente los nuevos episodios se emiten cada 15 días. Se puede seguir la actualidad del *podcast* en el siguiente *link*: <http://estrategiaminerva.webphilosophia.com/noticias>.

Esperamos que esta iniciativa de divulgación de la Filosofía vaya sumando audiencia y consolidando una forma interesante de relacionar Teoría y Práctica, Tecnología y Conocimiento al alcance de más público. En la confianza que de una buena conversación filosófica, con sus disensos y matices, se pueden extraer conclusiones relevantes –incluso– para la vida diaria.

Estamos encantados en recibir comentarios y sugerencias de los oyentes que se pueden dirigir al siguiente email: estrategiaminerva@gmail.com.

Guillermo REYES PASCUAL
Jesús MORA
Oscar PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid)

² Se puede consultar una breve semblanza biográfica de los colaboradores del *podcast* en el siguiente *link*: <http://estrategiaminerva.webphilosophia.com/podcast-2> consultado 31 de octubre de 2021.

IV

OBITUARIO

Eugenio Bulygin (1931-2021): El ruso encantador†*

El 11 de mayo de 2021, en Buenos Aires, falleció Eugenio Bulygin –víctima de la pandemia de covid– poco antes de cumplir noventa años. De hecho, nació el 25 de julio de 1931 en Járkov, Ucrania, que en ese momento era parte de la Unión Soviética. Durante sus primeros años, el mundo en el que vivía era caótico. Nació en una familia de profesionales educados que tuvieron que huir tanto del terror estalinista como de la ocupación alemana, para terminar en Linz, Austria, después de la Segunda Guerra Mundial. En 1949, bajo los auspicios de la ONU, sus padres decidieron emigrar a Argentina. Eugenio, obviamente, hablaba ruso; había aprendido alemán en Austria y tenía conocimientos rudimentarios de francés e inglés, pero no de español. Recuerdo que una vez me dijo que en Buenos Aires solía pasar tiempo en un club de ajedrez donde el idioma era lo menos importante, y así fue como se familiarizó con el español¹.

De 1953 a 1958 estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Durante estos años, comenzó a involucrarse con el grupo de filosofía jurídica dirigido por el profesor Ambrosio Gioja, un académico muy talentoso, aunque con una producción escrita limitada. En este grupo había algunos filósofos del Derecho muy talentosos, como Genaro Carrió, quien más tarde se convertiría en amigo íntimo de Eugenio, y también presidente del Tribunal Supremo argentino, tras el fin de la dictadura militar. Sin embargo, lo más importante es que ahí es donde Bulygin conoció a Carlos Alchourrón, quien también se convertiría en un amigo personal, coautor de muchas

† Versión en español traducida por Andrés Gascón Cuenca del obituario publicado en inglés en: Eugenio Bulygin (1931–2021): The Wonderful Russian. *Ratio Juris* 34 (3): 282-285.

* El título de este breve ensayo me lo proporcionó sin querer en 2011 Ronald Dworkin, quien en una cena en Barcelona exclamó: «Ah, Eugenio Bulygin, the wonderful Russian».

¹ Un buen bosquejo biográfico se puede encontrar en Bulygin y Litschewski Paulson 2015.

publicaciones y su puerta de entrada a la Filosofía analítica². En 1963, Bulygin obtuvo su doctorado en la Universidad de Buenos Aires y, en los años siguientes, en la década de 1960, obtuvo varias becas para estancias de investigación en universidades alemanas (Colonia y Bonn) y en la Universidad de Oxford. Durante estas estancias, Bulygin construyó profundas relaciones académicas con profesores como Ulrich Klug, Hans Welzel (su supervisor en Alemania), y H. L. A. Hart (su supervisor en Oxford). En Oxford, también formó otras amistades académicas relevantes con académicos como Peter Strawson, Arthur Prior, John Mackie, Elizabeth Anscombe, Peter Geach, Alfred Ayer, Isaiah Berlin y Anthony Kenny. En Oxford Bulygin profundizó su relación personal y académica con el profesor Georg Henrik von Wright, quien poco antes había visitado la Universidad de Buenos Aires.

A su regreso a Buenos Aires, fue nombrado catedrático de filosofía jurídica en la universidad en 1970. En su universidad fue decano de la facultad de Derecho tras la caída de la junta militar en 1984, cambiando el plan de estudios para adecuarlo a los nuevos tiempos democráticos. También fue juez de la sección civil del Tribunal de Apelaciones de Argentina de 1986 a 2001. Hasta su muerte, fue profesor invitado en numerosas universidades de varios países europeos y latinoamericanos, principalmente en España e Italia. En 1999 fue elegido presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), cargo que ocupó hasta 2003.

Destaca su producción intelectual, a menudo en coautoría con Carlos Alchourrón. Su obra principal fue *Normative Systems*, de 1971³. En el trasfondo de este libro se encuentran, en mi opinión, tres influencias principales: a) La insistencia de Hans Kelsen en elaborar una teoría jurídica centrada en la noción de *sistema jurídico* (entendiendo este como una pluralidad de normas jurídicas concebidas como un sistema estructurado)⁴; b) la noción de *sistema deductivo* elaborado por Rudolf Carnap (1934) y Alfred Tarski (1941) (entendiéndolo como un conjunto de proposiciones que contiene todas sus consecuencias lógicas); y c) la *lógica deóntica* desarrollada por Georg Henrik von Wright, como una forma de concebir las relaciones lógicas entre normas⁵. Con este poderoso conjunto de herramientas, construyeron una noción muy elegante de sistema legal con una nueva explicación de las principales cuestiones de la teoría jurídica, incluyendo un enfoque original

² Genaro Carrió a veces, en broma, escribía epitafios para sus amigos. Parece que hizo lo mismo para Alchourrón y Bulygin escribiendo: «De la tierra de Chejov y de Kosygin, / a la tierra de Gardel y de Perón, / sabios dioses trajeron a Bulygin, / como es lógico, a brazos de Alchourrón». Esta anécdota, como tantas otras, me la contó otro amigo íntimo de Bulygin, su cuñado, el Prof. Ernesto Garzón Valdés. De hecho, cuando fui rector de la Universidad Pompeu Fabra, en octubre de 2011, Ernesto y Eugenio fueron distinguidos como doctores *honoris causa* en mi universidad.

³ Esta obra (Alchourrón y Bulygin 1971) ha sido traducida al español, alemán, italiano y ruso.

⁴ Véase la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho* (Kelsen 1960).

⁵ Esta concepción la desarrolló en una serie de escritos que abarcan desde su seminal «Deontic Logic» (von Wright 1951) hasta su trabajo más relevante para la teoría jurídica, *Norm and Action: A Logical Inquiry* (von Wright 1963). Ernesto Garzón Valdés y Eugenio Bulygin me dijeron que habían preparado una traducción al español de este libro, pero que cuando decidieron publicarlo, se enteraron de que una editorial española (Tecnos) tenía los derechos de autor de la traducción. Lamentablemente una traducción peor que la suya.

en el análisis de las antinomias y las lagunas jurídicas. Generaciones de teóricos del Derecho han crecido con el estudio de este libro que, con una expresión afortunada, Bruno Celano denominó «un cristal de luz condensada» (Celano 2020, 16; mi traducción).

Después de *Normative Systems*, Bulygin (a veces con Alchourrón, otras veces solo) publicó una colección de artículos que trataban un nuevo tema: cómo evolucionan con el tiempo las cuestiones de la identidad y de la dinámica de los sistemas jurídicos⁶. Como es bien sabido, algunas de las ideas que Eugenio desarrolló con Carlos han tenido una amplia repercusión en la filosofía general. Por ejemplo, la idea de la *indeterminación lógica del sistema*, que surge del estudio de las revisiones normativas, ha tenido un poderoso impacto en la revisión de creencias epistemológicas, dando lugar a la ampliamente conocida teoría AGM avanzada por Carlos E. Alchourrón, Peter Gärdenfors y David Makinson (véanse, en particular, Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985). En 1969, la idea, también propuesta por David Lewis (1979) y Risto Hilpinen (1981) –fue elaborada por Thomas Cornides (1969) con el siguiente ejemplo:

Consideremos un sistema doméstico con dos normas:

Na: Los niños pueden cenar solo si han hecho sus deberes.

Nb: Los niños pueden ver la televisión solo si han cenado.

En el cumpleaños de uno de sus hijos, su madre decide autorizarlos a ver TV antes de hacer sus deberes.

Nd: Los niños pueden ver la televisión antes de hacer sus deberes.

Nd no es incompatible con Na o con Nb, pero es incompatible con una lógica consecuencia de Na y Nb:

Nc: Los niños pueden ver la televisión solo si han hecho sus deberes.

Ahora bien, es legítimo que los niños se pregunten si, para poder ver televisión, deberían haberse sentado a cenar de antemano (sin haber hecho los deberes) o si pueden ver la televisión antes de la cena (pero habiendo hecho los deberes antes de la cena), es decir, si el acto de su madre derogó Na o Nb, en su redacción original. El mecanismo de derogación, por tanto, no siempre produce un resultado unívoco. De manera similar, el mecanismo de revisión de creencias no siempre nos permite lograr como resultado un conjunto unívoco de creencias.

Este es solo un ejemplo entre muchos. Por ejemplo, en los artículos de Alchourrón y Bulygin sobre la concepción expresiva de las normas podemos encontrar ideas importantes sobre la ontología y la filosofía del lenguaje, principalmente en lo que respecta a la cuestión de si el uso del lenguaje para guiar el comportamiento humano es un fenómeno semántico o pragmático. O podemos encontrar una elucidación del lugar que ocupan las normas permisivas en los sistemas normativos y, particularmente, en el razonamiento práctico.

En 1990, durante el invierno austral, realicé una estancia de investigación postdoctoral en Buenos Aires, trabajando con Eugenio Bulygin y el fallecido Carlos Nino. Durante esta estancia descubrí otro rasgo del carácter de Eugenio: su generosidad. Discutió de filosofía conmigo muchas veces; a menudo me invitaba a su casa y al mejor asado del mundo en Santa Catalina con su

⁶ Estos trabajos están recogidos en Alchourrón y Bulygin 1990. Algunos de los más relevantes (cinco con Carlos E. Alchourrón) están publicados en inglés en Bulygin 2015.

amada esposa, Elvira; e hizo inolvidables mis recuerdos de Buenos Aires. Allí conocí a otras personas de mi generación que también estaban en el círculo de Eugenio: Daniel Mendonca, que era visitante posdoctoral; el grupo de Córdoba (Argentina), dirigido por Ricardo Caracciolo, donde trabajaban Cristina Redondo y Pablo Navarro; y Jorge Rodríguez, de Mar del Plata. Este es el núcleo de lo que llegó a conocerse como «*Bulygin's boys and girls*»: que despierta en mí el anhelo del recuerdo de aquellos tiempos pasados. En los años siguientes, el grupo creció, incorporando más investigadores de Argentina, Chile, México, Colombia, España, Italia y otros países de Europa y, recientemente, también de Rusia.

Una de las cosas más importantes que le debemos a Eugenio es, en mi opinión, su forma de practicar la filosofía como análisis conceptual. Aprendimos con él leyéndolo, asistiendo a sus conferencias, entablando discusiones con él. Su voz profunda y grave, su ironía, su forma característica de presentar una crítica después de una conferencia: «Lindo, pero completamente equivocado», su inmensa paciencia para enseñar a los estudiantes más jóvenes los elementos más difíciles de una discusión fueron siempre una fuente de apoyo para todos nosotros. En este sentido y lamentablemente, todos nos encontramos ahora en un estado de orfandad intelectual.

J. J. MORESO
Universitat Pompeu Fabra

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, C. E., y E. Bulygin (1971): *Normative Systems*. New York and Vienna: Springer.
- (1990): *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ([Nueva edición ampliada] Madrid: Trotta, 2021.)
- ALCHOURRÓN, C. E., p. Gärdenfors, and D. Makinson (1985): On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions. *The Journal of Symbolic Logic* 50(2): 510–30. <https://doi.org/10.2307/2274239>.
- BULYGIN, E. (2015): *Essays in Legal Philosophy*. Ed. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, p. E. Navarro, y S. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- BULYGIN, E., and B. Litschewski Paulson (2015): Appendix II: An (Auto)biographical Sketch (2014). En *Essays in Legal Philosophy*. By E. Bulygin. Ed. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, p. E. Navarro, y S. Paulson, 360–63. Oxford: Oxford University Press.
- CARNAP, R. (1934): *Logische Syntax der Sprache*. Vienna: Julius Springer.
- CELANO, B. (2020): Prefacio: Lost in the Stars. En *Lo normativo: Variedades y variaciones*. Por J. J. Moreso, 13–20. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CORNIDES, T. (1969): Der Widerruf von Befehlen. *Studium Generale* 22: 1215–63.
- HILPINEN, R. (1981): On Normative Change. En *Ethics: Foundations, Problems, and Applications*. Proceedings of the Fifth International Wittgenstein Symposium, 25–31 August 1980, Kirchberg am Wechsel, Austria. Ed. E. Morscher y R. Stranzinger, 155–64. Vienna: Holder-Pichler-Tempsky.
- KELSEN, H. (1960): *Reine Rechtslehre*. 2nd ed. Vienna: Franz Deuticke.
- LEWIS, D. (1979): *A Problem about Permission*. In *Essays in Honour of Jaakko Hintikka on the Occasion of His Fiftieth Birthday on January 12, 1979*. Ed. E. Saarnen, R. Hilpinen, I. Niiniluoto, y M. Provence, 163–79. Dordrecht: Reidel.
- TARSKI, A. (1941): *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*. New York: Oxford University Press.
- VON WRIGHT, G. H. (1951): Deontic Logic. *Mind* 60(237): 1–15.
- (1963): *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul.

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de Justicia con contenido científico y vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), dirigida desde mayo de 2018 por D.^a Ángeles Solanes Corella, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Las notas al pie tendrán interlineado sencillo.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *keywords* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos, reseñas y noticias han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del Anuario de Filosofía del Derecho: afd@mjusticia.es

En el documento es imprescindible incluir los datos del autor o autora así como el título del trabajo, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la relación del autor o autora con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser docente universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

II. Sistema de citas

Las notas a pie de página se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III y se entenderá que constituyen las referencias bibliográficas del artículo, sin que sea necesario añadir una bibliografía final, evitando así reiteraciones. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor o autora seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor o autora tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor, autora o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *idem*, *ibidem*, *infra*, *supra*, *apud* o *passim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *pass. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas al pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda; siguientes se expresará como ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (*cfr.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será artículo y solo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. El autor que remita un trabajo de investigación ya publicado, pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva, deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que, en última instancia, el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los *referees* a los autores, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes.

Los evaluadores externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos de evaluadores externos. Los evaluadores podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un periodo de tiempo suficiente para que los autores obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a los *referees*. En tal supuesto, la decisión sobre la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
6. Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la revista.

Los autores o autoras de los trabajos aceptados recibirán a través de correo electrónico, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los *referees*, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores o autoras de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

V. Compromiso ético para la publicación de artículos

El *Anuario de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (European Association of Science Editors) y del COPE (Committee on Publication Ethics) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente de acuerdo a lo allí establecido:

A. Los autores y autoras se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores o revisoras respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.

B. Los revisores y revisoras de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva sobre la calidad científica del texto dentro del ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C. El Consejo de Redacción y los editores y editoras se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y autoras y revisores y revisoras, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de las personas más cualificadas y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo, en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.