

2

COLECCIÓN
GREGORIO PECES-BARBA

**PERSPECTIVAS ACTUALES
DE LOS
SUJETOS DE DERECHO**

María del Carmen Barranco Avilés

Óscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández

(Coordinadores)



Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 2

**PERSPECTIVAS
ACTUALES
DE LOS SUJETOS
DE DERECHO**

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 2

**PERSPECTIVAS
ACTUALES
DE LOS SUJETOS
DE DERECHO**

Coordinadores

María del Carmen Barranco Avilés

Óscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández



DPTO. DE DERECHO INTERNACIONAL,
ECLESIASTICO Y FILOSOFIA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels.: (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9031-226-1

Realización Gráfica:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

(Resultado del II Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho)

PRESENTACIÓN , Rafael de Asís Roig, Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho	9
---	---

PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS

1. El individuo como sujeto de Derecho	13
DÍAZ BARRADO, Cástor, <i>Algunas reflexiones sobre el individuo en Derecho Internacional</i>	15
ASÍS ROIG, Rafael de, <i>Sobre capacidad y derechos</i>	37
TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, <i>Derecho Común versus Derecho Especial: el individuo como sujeto del derecho de libertad de conciencia y religiosa en España y Portugal</i>	57
2 Los colectivos como sujetos de Derecho	87
BERMEJO GARCÍA, Romualdo, <i>Las empresas transnacionales como actores y sujetos «potenciales» en la sociedad internacional</i>	89
CONTRERAS MAZARIO, José María, <i>Las minorías religiosas como sujetos de derechos en España: un sistema de desigualdad</i>	117
SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, <i>Los colectivos como sujetos de Derecho</i>	173
3 El Estado y las organizaciones como sujetos de Derecho	191
GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, <i>De «protectorado internacional» a Estado «protegido» (¿Es Kosovo un Estado?)</i>	193
GARCÍA PASCUAL, Cristina, <i>Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica</i>	247
PARDO PRIETO, Paulino, <i>Cooperación constitucional e internacionalidad de la Iglesia católica</i>	271

**SEGUNDA PARTE:
COMUNICACIONES**

ARLETTAZ, Fernando, <i>El individuo como titular de la libertad religiosa: aproximación a un problema de filosofía jurídica</i>	303
CARMONALUQUE, M. ^a del Rosario, <i>La adopción de un procedimiento de comunicaciones individuales: ¿asignatura pendiente en la consolidación de la «subjetividad internacional del niño»? ..</i>	317
CUENCA GÓMEZ, Patricia, <i>La persona con discapacidad como sujeto de derechos: análisis desde dos modelos</i>	329
FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., <i>Los sujetos de Derecho Internacional y los desastres internacionales</i>	343
GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana, <i>Los inmigrantes como colectivo: ¿son sujeto de Derecho Internacional?</i>	355
GARRIDO SUÁREZ, Hilda, <i>La empresa: ¿Sujeto de Derecho Internacional? Importancia de la cuestión</i>	367
KOLEV, Ángel Hristov, <i>La tolerancia étnica y religiosa en los proyectos para la independencia del Estado búlgaro de la dominación otomana, el punto de partida del concepto legal sobre la protección de los derechos fundamentales de las minorías en Bulgaria</i>	379
MURCIA GONZÁLEZ, Andrés, <i>El régimen jurídico del profesorado y de la asignatura de religión católica en la escuela pública. Comentario a la STC 51/2011 de 14 de abril</i>	391
PELE, Antonio, <i>El sujeto de derecho en Pufendorf</i>	409
PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, <i>¿Puede un sujeto de Derecho Internacional juzgar a otro? Algunas consideraciones sobre la inmundad de jurisdicción de las organizaciones internacionales</i> ..	429

PRESENTACIÓN

En este volumen, se recogen las intervenciones del II Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid que se desarrolló en el curso académico 2010-2011. Este Seminario pretende ser un lugar de encuentro de los profesores e investigadores del Departamento, pertenecientes a tres campos jurídicos diferentes. El primer Seminario estuvo dedicado a las Fuentes del Derecho y dio lugar al primer volumen de la colección Gregorio Peces-Barba; este segundo está dedicado a los sujetos de Derecho.

No son tiempos fáciles para la organización de Seminarios de este tipo. La crisis económica se deja notar también y de manera sensible en la Universidad, y una de sus consecuencias es la dificultad de encontrar apoyos para sufragar los costes de este tipo de actividades. Por otro lado, las nuevas metodologías docentes exigidas al hilo del denominado como “plan Bolonia”, consumen buena parte del trabajo del profesor universitario. Pero es que además, el proceso continuo de evaluación al que estamos sometidos parece promover una actitud especialmente individualista y desalienta este tipo de actuaciones.

A pesar de todo ello, y gracias al esfuerzo de los profesores María del Carmen Barranco, Óscar Celador y Félix Vacas y al apoyo administrativo de Victoria Cortés, este Seminario se ha podido desarrollar cumpliendo con sus objetivos iniciales y atrayendo, además, a jóvenes investigadores procedentes de otras Universidades.

El análisis de una cuestión clásica del Derecho como es la del examen de los sujetos de Derecho se hace necesaria en momentos de cambio como el que vivimos. Los nuevos planes de estudio, resultado en muchos casos de un simple reparto de poder entre las distintas ramas jurídicas y en otros de las demandas de ciertos grupos de presión, no siempre representativos de las necesidades sociales y formativas del campo del Derecho, han provocado el abandono de análisis de este tipo. Y a ello ha contribuido también la ausencia de un proyecto coherente que aúne el grado de Derecho y los estudios de pos-

grado. La lógica de la especialización marcó la elaboración del grado y parece que marcará también la del posgrado, apartando así del campo formativo algo tan esencial como es la formación general y situando al alumno ante problemas prácticos que debe resolver sin contar con herramientas básicas.

Este volumen es un buen ejemplo de la importancia que siguen teniendo estos temas clásicos y cómo pueden ser desarrollados tomando como referencia asuntos de indudable actualidad. En él, aparecen reflexiones que tienen en cuenta al individuo y a los colectivos como sujetos de Derecho, que favorecen la comprensión del significado del Derecho contemporáneo y del papel de los operadores jurídicos.

La publicación de este volumen nos permite ya considerar que la colección Gregorio Peces-Barba y el Seminario que la origina son dos proyectos consolidados.

Rafael de Asís

Catedrático de Filosofía del Derecho

Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.

Diciembre de 2011.

**PRIMERA PARTE:
PONENCIAS DE EXPERTOS**

1. El individuo como sujeto de Derecho

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL INDIVIDUO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

CÁSTOR DÍAZ BARRADO

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos

Como se sabe, el siglo XX tocó a su fin y ha aportado a la historia de la humanidad *acelerados cambios y transformaciones inéditas*, aunque se pueda sostener que, desde el punto de vista teórico y conceptual, ha sido *el siglo más corto* de la historia¹. La verdad es que es difícil resumir en pocas palabras los elementos centrales que lo definirían y lo que cabe señalar ahora es que, durante el mismo, han tenido lugar *sobresalientes transformaciones* no sólo en el seno y en el desarrollo de las sociedades internas y de las relaciones entre ellas sino, también, *lo que es más importante para nosotros*, en el conjunto y en la misma configuración de la sociedad internacional².

Más aún, se podría hablar de paulatinas modificaciones en la concepción y en la estructura de esta sociedad. Por utilizar las palabras empleadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, en su *Programa de Reforma*, se podría decir que «la historia del siglo XX demuestra la *notable capacidad de adaptación de las relaciones internacionales* basadas en principios y normas multilaterales. Los últimos 50 años especialmente han sido testigos de *olas sucesivas de cambios tumultuosos*, tales como el fin de los imperios coloniales, el comienzo y la terminación de la guerra fría, el surgimiento de nuevas potencias económicas a un ritmo sin precedentes y la inmensa ampliación del programa político que las naciones deben enfrentar»³.

¹ COLARD, D., *Les Relations internationales de 1945 à nos jours*, París, 7.^a ed., 1997, p. 119.

² Véase lo que ya apuntaba, hace algún tiempo, DEL ARENAL, C., El nuevo escenario y la teoría de las relaciones internacionales, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 79-99.

³ Informe del Secretario General. Renovación de las Naciones Unidas: *Un Programa de Reforma* (A/51/950 de 14 de julio de 1997, párr. 94). En un ámbito más

Con ello, nos resulta difícil *definir y precisar con exactitud la sociedad internacional* en la que realmente nos encontramos y, por ende, los elementos específicos que han de caracterizar al *ordenamiento jurídico* encargado de regular las relaciones que se produzcan en el seno de la misma. En particular, el último cuarto de siglo y los primeros años del presente siglo XXI han deparado *nuevas situaciones* en el sistema internacional; han *modificado el contexto* en las relaciones entre los actores internacionales; y, también, han supuesto, de algún modo, *los inicios de una nueva etapa* que, muchas veces, se ha caracterizado como de tránsito y de incertidumbres en el devenir de la sociedad internacional⁴.

Por lo menos, acontece, en la actualidad, como consecuencia de lo ocurrido hace algunos años, la descripción realizada por D. Colard cuando ha afirmado que «avec le xx.^a siècle, l'accélération de l'Histoire s'amplifie encore davantage. Les transformations de la scène internationale affectent ses dimensions, ses centres de gravité et dans une certaine mesure ses composantes (...) Aujourd'hui, le champ diplomatique est unifié et se confond avec les limites de la planète. Il forme un tout, un système global composé de sous-systèmes régionaux dont tous les éléments sont interdépendants (...) Les formidables progrès de la technologie, de la stratégie et de échanges ont rendu les États et les hommes plus solidaires dans tous les domaines. La coopération prend ainsi de nouvelles formes et s'étend aux secteurs le plus inédits de la vie internationale (...) Puisque nous n'habitons qu'une seule terre, l'approche des grands problèmes politiques contemporains ne peut être nationaliste: elle doit être —mondialiste—⁵».

concreto, el Secretario General afirmaba que «*Se han producido cambios profundos, sobre todo desde el fin de la guerra fría, que ponen en tela de juicio algunas de las formas habituales de hacer frente a los desafíos del desarrollo*». *Programa de Desarrollo*, A/RES/51/240, 15 de octubre de 1997, párr. 5, (cursivas añadidas).

⁴ *Vid.*, con carácter general, CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1984.

⁵ COLARD, D., *cit.*, p. 18. El propio Secretario General, desde otra perspectiva, se hacía eco de este fenómeno, en el *Programa de Desarrollo*, al sostener que «uno de esos cambios, cuya importancia es cada vez mayor y que afecta a todos los países, es el *proceso de mundialización* impulsado por el mercado, especialmente debido a los rápidos avances en el intercambio de información y las telecomunicaciones. Este proceso comprende la integración creciente, en distintos grados, de los mercados mundiales de bienes, servicios, capitales, tecnología y mano de obra, lo cual ha dado lugar a una mayor apertura y una mayor libertad de movimiento de los factores de

De alguna forma, la doctrina científica, tanto desde la perspectiva de las relaciones internacionales como desde la óptica del Derecho Internacional Público, ha pretendido encontrar aquellas expresiones que mejor podrían definir, y explicar, la estructura y los rasgos de la actual sociedad internacional y que, a la postre, aportarán y precisarán elementos de certidumbre para la comprensión de la misma. A mi juicio, la mayor parte de las aproximaciones que se han realizado responden, sin duda, a características *que sí están presentes* en la sociedad internacional, bien de una forma consolidada o bien en el marco de procesos de consolidación, pero ninguna de ellas puede explicar, por sí sola y en su totalidad, el contenido exacto de la sociedad en la que debe habitar la humanidad del siglo XXI.

Lo importante ahora es señalar que entre los cambios más significativos que podemos apreciar se encuentra el relevante papel que, paulatinamente, *el individuo va desempeñando en la sociedad internacional contemporánea* y, por ende, en el ordenamiento jurídico internacional y en sus instituciones.

Es verdad que la sociedad y el orden jurídico internacionales *son el resultado de un dilatado proceso histórico*: La sociedad internacional contemporánea y el actual ordenamiento jurídico internacional, a pesar de que vayan acumulando o enriqueciendo los rasgos que los definen al hilo de los últimos acontecimientos, son en el fondo la *expresión y la manifestación de un largo proceso de formación y evolución*, cuyos orígenes pueden situarse en uno u otro periodo de la historia de la humanidad, aunque no se deba perder de vista que todos ellos han influido, de una otra forma, en la configuración de este ordenamiento. No le faltaba razón a J. Carrillo Salcedo, cuando afirmó, recogiendo el pensamiento de su maestro, que «el Derecho Internacional está en función de *las formas históricas* de Organización Internacional»⁶.

En esta línea, y aunque se pueda sostener que la sociedad internacional contemporánea, en sus dimensiones y manifestaciones más relevantes, encuentra sus fundamentos más inmediatos en la *Paz de*

producción y ha creado más oportunidades de cooperación a nivel internacional», (cursiva añadida), *loc. cit.*, párr. 6.

⁶ CARRILLO SALCEDO, J., *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Madrid, 1991, p. 180 (cursiva añadida).

Westfalia y en el Sistema Europeo de Estados⁷, también se podría recordar, con F. Mariño Menéndez, que «Podemos, pues, afirmar que los orígenes remotos de la Sociedad Internacional contemporánea se encuentran en las relaciones establecidas a principios de la Edad Media entre una pluralidad de entes políticos independientes, pertenecientes a culturas y aun a religiones y civilizaciones diferentes, que necesitaron relacionarse para proteger sus respectivos intereses»⁸.

Lo que hay que resaltar, en todo caso, es que el análisis de los rasgos que caracterizan a la sociedad internacional contemporánea y la delimitación de los elementos propios del actual ordenamiento jurídico internacional, *exigen necesariamente* no olvidar los procesos históricos de formulación y maduración de ambos y, aunque éste no sea el momento apropiado para profundizar en ello, sí se podría rescatar, una vez más, el pensamiento de M. Aguilar Navarro, para quien el Derecho Internacional «es el más histórico de todos los derechos: su dependencia de las circunstancias sociales es extrema; peca acaso de una auténtica servidumbre en la que se encuentra con relación a los acontecimientos históricos». Para continuar indicando este autor que «La sociedad internacional es una sociedad en formación; el Derecho Internacional es un Derecho en proceso de gestación», de tal modo que en ausencia de una visión histórica nuestro ordenamiento resultaría incomprensible⁹.

A decir verdad, el examen de buena parte de las normas e instituciones que, en la actualidad, conforman el Derecho Internacional no sería posible realizarlo de manera completa si no se atendiese, debidamente, a los *orígenes y antecedentes históricos* de las mismas. Pero resulta llamativo que algunas de estas normas e instituciones se ven modificadas porque, con el tiempo, han ido apareciendo nuevas realidades en las que el individuo considerado en sí mismo va a tener una importancia capital en la formulación e instauración de las mismas.

⁷ En particular, CARRILLO SALCEDO, J., ha sostenido que «el Derecho Internacional tiene sus orígenes inmediatos en las relaciones que se dieron en Europa occidental desde el siglo XVI, caracterizadas por la transformación de la sociedad medieval en una pluralidad de reinos en los que los Príncipes reclamaban soberanía en el interior de sus territorios e independencia en sus relaciones exteriores», *El Derecho Internacional en perspectiva, cit.*, p. 15.

⁸ MARIÑO MENENDEZ, F., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Madrid, 1995, pp. 19-20.

⁹ AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1952, t. I, vol. I, p. 35.

Por sólo citar dos ejemplos, podemos recordar dos ámbitos en los que la presencia del individuo se ha hecho notar en la configuración del ordenamiento jurídico internacional, hoy con más fuerza pero que proviene del pasado.

Por un lado, como nos recordaba A. Pigrau Solé, al tratar sobre el *Tribunal Internacional* para la antigua Yugoslavia, «la creación de este Tribunal no debe ser considerada como un hecho aislado en Derecho Internacional. Más allá de los precedentes creados tras la segunda guerra mundial, conecta con la tendencia iniciada con fuerza en los años veinte por algunos sectores doctrinales, e impulsada desde entonces en el seno de distintas asociaciones científicas (...)»¹⁰. Y, por otro lado, lo mismo se podría decir del fenómeno de las *minorías nacionales* que, como se sabe, ha «reaparecido» con fuerza a partir del decenio de los noventa y que, sin embargo, recibió un tratamiento jurídico detallado durante el período de la Sociedad de las Naciones. Por esto, C. Fernández Liesa en un ámbito específico de los derechos de las minorías, como es el caso de *los derechos lingüísticos*, sostiene, desde el principio, que «la cuestión de las lenguas y de los derechos lingüísticos es un tema *novedoso* desde la perspectiva jurídico internacional», pero deja muy claro que fue «objeto de un sistema de protección elaborado» en la época citada¹¹.

En el fondo, aunque es cierto que el ordenamiento jurídico internacional es un «producto histórico», también es verdad que lo realmente decisivo es que este ordenamiento se desarrolla y se nutre en «entornos históricos determinados». Dada la estructura política y económica del planeta, el entorno internacional es por esencia y por naturaleza extremadamente cambiante o, si se quiere, extraordinariamente dinámico.

Se trata, por lo tanto, de poner de manifiesto que el contenido de las normas internacionales en vigor responde más al momento histórico, también con sus connotaciones normativas, en el que surten

¹⁰ PIGRAU SOLE, A.: “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, *A.H.L.A.D.I.*, 1994, pp. 212-213.

¹¹ FERNÁNDEZ LIESA, C., *Derechos lingüísticos y Derecho Internacional*, Madrid, 1999, p. 1. Lo mismo en DÍAZ BARRADO, C. M., *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Madrid, 1999. Véase, un trabajo completo y detallado: MARIÑO MENÉNDEZ, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C., y DÍAZ BARRADO, C. M., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, 2001.

sus efectos, que al hecho, siempre relevante, de los orígenes históricos en los que encuentra su fundamento. En esta dirección, estimo que hay que interpretar las palabras de A. Truyol y Serra, cuando ha afirmado que «El Derecho que, al alba de los tiempos modernos, vio la luz junto con el sistema europeo de Estados, no es el Derecho Internacional, sino *una de sus formas históricas*»¹².

Por continuar con los mismos ejemplos, se podría observar con toda nitidez cómo la determinación de *los derechos de las minorías nacionales* varía sustancialmente en la actualidad de la regulación que ha recibido en el pasado, ya que los dos principios básicos y fundamentales en cuyo entorno han de ser diseñados ahora esos derechos no se encontraban plenamente consagrados con anterioridad. En efecto, sólo a partir de que se reconocen, con alcance general, la *protección internacional de los derechos humanos* y el derecho a la libre determinación de los pueblos como principios estructurales del orden jurídico internacional, es cuando se pueden precisar los derechos que corresponden a las minorías, determinar sus contenidos y límites, así como articular sistemas eficaces de protección¹³.

También, sólo en el marco de la actual sociedad internacional, con sus características, es comprensible jurídicamente la creación de ciertos Tribunales Penales Internacionales, sobre la base del principio relativo a *la protección internacional de los derechos humanos* y proyectados en el propósito básico de la comunidad internacional concerniente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, por lo que A. Pigrau Solé ha podido constatar que, pese a que se venía sosteniendo que la creación de tribunales penales internacionales se debería llevar a cabo mediante tratado, en el asunto de la antigua Yugoslavia el mecanismo que se utilizó fue una decisión del Consejo de Seguridad con base en el Capítulo VII de la Carta¹⁴, algo absolutamente impensable no hace tantos años.

¹² TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, p. 15 (cursiva añadida).

¹³ Esto no quiere decir que el sistema de la Sociedad de las Naciones no produjera, en algunos casos, excelentes resultados, pero hay que tener en cuenta que, ya durante ese periodo, algunos (los más avanzados) situaron la cuestión de las minorías nacionales en el marco de la protección de los derechos humanos. *Vid.*, DE AZCARATE, P., *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Madrid, 1998.

¹⁴ PIGRAU SOLE, A., *Reflexiones...*, cit., pp. 214 ss.

Con ello se comprueba que la consideración política y normativa del individuo es lo que va a influir en el cambio en instituciones que ya estaban presentes en una época anterior y que se formulaban en función de los criterios propios de su época.

Pero se podría llegar, incluso, más lejos y comprobar cómo, en ocasiones, lo que se produce es el cambio o modificaciones en ciertos aspectos de una determinada institución del ordenamiento jurídico internacional. En tal sentido, podemos contemplar que *la protección diplomática* permanece, en este ordenamiento, configurada de manera plena desde principios del siglo XIX, pero que, sin embargo, se están produciendo sucesivas transformaciones en numerosos aspectos de la misma.

En efecto, la protección diplomática presenta, en la actualidad, *una serie de rasgos y de elementos* que determinan su configuración jurídica y que hacen que esta institución se nos presente en un determinado contexto social y normativo. En realidad, se advierte, al hilo de la práctica de los Estados en la materia, que la protección diplomática es *una institución en constante proceso de evolución* y ello hace que varíen no sólo su significado y efectos sino, incluso, el contenido y alcance de la misma, ya que se van incorporando, progresivamente, nuevos aspectos que afectan a su caracterización jurídica y a los elementos centrales para el ejercicio de la labores de protección. Entre estos aspectos hay que destacar, sin duda, el cada vez mayor valor de los intereses de los individuos en el ejercicio y ejecución de la labor de protección

Desde luego, los aspectos centrales de la protección diplomática se mantienen prácticamente inalterables desde que se produjo el surgimiento de esta institución, estrechamente vinculada con el establecimiento de los Estados y con la afirmación de la soberanía como elemento principal y básico de las relaciones interestatales y, por ende, del ordenamiento jurídico internacional. Pero, al mismo tiempo, no contradice lo anterior, el hecho de que se han ido enriqueciendo los requisitos para su ejercicio y su puesta en práctica; se han establecido límites relevantes a ejercicio efectivo de la misma; y, además, se han ido perfilando, con mayor nitidez, el contenido y el alcance de la protección diplomática en todas y cada una de sus dimensiones¹⁵.

¹⁵ Lo que ha de quedar claro, en todo caso, es que la protección diplomática se nos presenta, en la actualidad, con unos rasgos que han hecho que se incida, de

De todas maneras, cabe destacar, en esta línea, que existe una abundante práctica en materia de protección diplomática y, al mismo tiempo, se advierte una ingente documentación normativa en la materia. Como se ha dicho «la protección diplomática es un tema sobre el cual se cuenta con mucho material en la forma de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, es probablemente cierto que no existe ninguna otra rama del derecho internacional sobre el que exista tanto material. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente haya claridad o certeza en las normas que gobiernan la protección diplomática en general», siendo así que «las fuentes son en general incoherentes y contradictorias y apuntan a varias direcciones»¹⁶.

Lo significativo, entonces, es que el *carácter sumamente evolutivo de la institución de la protección diplomática* y la abundante práctica en la materia harán que nos encontremos, en ocasiones, con bastantes dificultades a la hora de determinar, con rigor y exactitud, cuáles son las normas jurídicas que determinan y regulan el ejercicio de la misma, suscitándose distintas posiciones doctrinales e, incluso, manifestaciones y posiciones jurisprudenciales de distinto signo o que, por lo menos, sitúan el énfasis en unos u otros aspectos de la protección diplomática. Todo ello, como decimos, en el marco de una práctica de cada uno de los Estados que conforman la comunidad internacional que será, además de abundante, rica en matices. La presencia del «protegido» es considerada en la actualidad con mayor intensidad que en siglos pasados, en virtud de la aparición de normas sobre protección de los derechos humanos.

Cualquier norma del Derecho Internacional puede ser examinada desde esta perspectiva y, seguramente, se llegue a la conclusión de que *los contornos de la misma se van dibujando* —con avances, retrocesos y estancamientos—, *en el marco de procesos históricos determinados*. Esto he dicho, por ejemplo, en relación con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional al señalar que «Las características y circunstancias, en el proceso de formación

manera especial, en determinados aspectos de la misma y que *ofrecen una configuración propia y singular de esta institución* en el estado actual del ordenamiento jurídico internacional, Cfr., DÍAZ BARRADO, C. M., *La protección diplomática en el Derecho Internacional contemporáneo*, unidad docente, 2002.

¹⁶ Comisión de Derecho Internacional. *Tercer Informe sobre la Protección Diplomática*, J. Dugard, Relator Especial, A/CN.4/523, 7 de marzo del 2002.

jurídica de cada uno de estos principios, han sido diferentes y, además, cada uno de ellos encuentra *sus raíces en periodos históricos distintos de la formación del ordenamiento jurídico internacional*¹⁷.

Más aún, «el desarrollo normativo de estos principios no ha sido idéntico, lo que supone que las normas jurídicas que dichos principios informan poseen un mayor o menor grado de precisión y, en consecuencia, imponen a los sujetos de derecho internacional obligaciones más o menos específicas», lo que permite «destacar *el carácter evolutivo* de estos principios hasta el punto de que, con el tiempo, no sólo vayan adquiriendo nuevos significados, sino que éstos lleguen a predominar en la concepción del principio en cuestión»¹⁸. Pero hay que destacar que estos principios no sólo se refieren ya a los derechos y obligaciones de los Estados sino que, en ocasiones, han penetrado en el reconocimiento de situaciones jurídicas de otros sujetos del Derecho Internacional.

No obstante, todos sabemos que una de las peculiaridades de la sociedad y del ordenamiento internacionales de primeros del siglo XX, era que el Derecho Internacional se concebía como un Derecho de Estados y para los Estados o, al menos, que resultaba inconcebible afirmar en el Derecho Internacional la existencia de otros sujetos que no fuesen los Estados. Dificilmente podría imaginar *la doctrina científica* de la época que, tan sólo en cincuenta años, un Tribunal Internacional se iba a pronunciar en una dirección radicalmente contraria o que, por lo menos, se abría de par en par la puerta para que penetrasen, en la sociedad internacional y en el ordenamiento jurídico internacional, otros «actores» que pudieran alcanzar la condición de «sujetos»¹⁹.

¹⁷ «Así, por ejemplo, mientras que el *principio de la igualdad soberana* de los Estados es reconocido prácticamente desde el surgimiento, en la edad moderna, de los Estados-Nación; el principio a la libre determinación de los pueblos no se plasma realmente y con cierta eficacia jurídica hasta el decenio de los sesenta del presente siglo. En otros casos, la plena consolidación de un principio se ha producido de forma más rápida que la de otros, cuyos orígenes eran más remotos. De este modo, por ejemplo, el principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales se consagró formalmente, y a nivel universal, antes que el principio de la no intervención, a pesar de que este último había sido reconocido, al menos en el ámbito regional, mucho antes que aquél». DÍAZ BARRADO, C. M., "La sociedad internacional en busca de un orden constitucional", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1994-1995.

¹⁸ DÍAZ BARRADO, C. M., *La sociedad...*, cit.

¹⁹ Sobre todo, teniendo en cuenta que en su sentencia de 7 de septiembre de 1927, en el asunto *del vapor Lotus*, el T.P.J.I., había sostenido dicha tesis.

En efecto, es de sobras conocido que, en su Dictamen *sobre reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, el T.I.J. afirmó, en 1949, que «los sujetos de Derecho en un sistema jurídico *no son necesariamente idénticos* en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad». Más aún, «El desarrollo del Derecho Internacional a lo largo de su historia ha estado influenciado por las exigencias de la vida internacional, de modo que el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados»²⁰.

En la actualidad, está claro pues que los Estados no son los únicos creadores del orden jurídico²¹; que el conjunto de las normas que florecen en su seno no están destinadas exclusivamente a ellos; que ni tan siquiera son los únicos que están legitimados para exigir o reclamar por su incumplimiento; e, incluso, que no son los únicos que pueden incurrir en responsabilidad internacional²². Por todo esto, podemos resaltar:

En primer lugar, que en las relaciones internacionales intervienen ahora *actores de muy diversa naturaleza* que reclaman y toman posiciones *diversas* en el ámbito jurídico, lo que propicia la existencia de nuevas diferencias y desigualdades, con lo que se acrecienta y consolida la heterogeneidad. Por lo que, ante todo, se puede decir que la sociedad internacional «est juridicament hétérogène en ce qu'elle

²⁰ T.I.J. *Recueil*, 1949, pp. 178-179.

²¹ Y ello sin negar, como ha afirmado COLARD, D., que «la originalidad de la sociedad internacional, en relación con la sociedad política interna, se refiere a su estructura. Mientras que ésta se compone de individuos, aquélla está constituida por Estados jurídicamente soberanos e iguales», Cfr., *cit.*, p. 17. Pero, en esencia, hay que coincidir con RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., para quien «el Estado es, sin duda, el sujeto primordial del derecho internacional, su *prius* lógico en la comprensión del ordenamiento internacional, pero nuevas realidades sociológicas han llevado, no siempre pacíficamente, a la aceptación jurídica de derechos y obligaciones de los sujetos emergentes del derecho internacional», *El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI*, Universidad de Málaga, 1999, p. 13.

²² Y así, como lo ha señalado PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Lorsqu'il y a corrélation entre la violation d'une obligation (...) et l'atteinte á un droit subjetif (...) dans les relations entre deux sujets de droit international, il y a lieu d'attribuer aux organisations internationales la condition de *parties* dans les cas de responsabilité», *Les Organisations internationales et le Droit de la responsabilité*, R.G.D.I.P., 1988, p. 64, también, pp. 75-78 y 81-85.

est composé de sujets de nature diverse»²³; y que, por lo tanto, «la comunidad internacional forma un sistema global de interacciones, en el que los Estados son los principales elementos, pero no los únicos»²⁴.

En segundo lugar, hay que constatar en la misma línea que, a lo largo del presente siglo, *ha aumentado considerablemente el número de entes* que se encuentran en tal situación; así como que se ha producido la *extensión de sus derechos y obligaciones* en el sistema internacional; y, además, que en cada una de las categorías que se pueden establecer los «nuevos entes con trascendencia jurídica» realizan, en ocasiones, *diferentes funciones*.

Más aún, de alguna forma, y finalmente, por centrarnos en ciertos ámbitos, podemos decir que se ha producido una *pérdida relativa del protagonismo del Estado*, como sujeto único del derecho internacional clásico, y que se aprecia con mayor nitidez una presencia mayor que, además, va en aumento, en particular, de *las Organizaciones Internacionales y de la persona humana*.

Desde luego, no puede negarse ya de ninguna manera la pérdida de cierto protagonismo del Estado en las relaciones internacionales, situación que se observa de un modo particular en los procedimientos de creación de normas y en la progresiva ampliación del conjunto de destinatarios de las mismas. Incluso desde la percepción más exigente con las condiciones para admitir la adquisición de subjetividad en el ordenamiento internacional, puede hacerse notar que los Estados no son los únicos dotados de capacidad para hacer valer sus derechos y reclamar frente a actos que los vulneren; además, ni siquiera se puede sostener en nuestros días que sean exclusivamente ellos los que puedan incurrir en responsabilidad internacional²⁵. Lo que nos interesa a nosotros es dejar constancia que el individuo a penetrado en el marco de la subjetividad internacional y que ello produce relevantes consecuencias en el ordenamiento jurídico.

²³ PELLET, A., Le droit international à l'aube du XXème siècle (La société internationale contemporaine - Permanences et tendances nouvelles), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1997, I, p. 99.

²⁴ COLARD, D., cit., p. 32.

²⁵ Se puede apreciar la existencia de algunas normas internacionales en las que se podría apuntar la existencia de una cierta responsabilidad internacional de los individuos (véase ABELLÁN HONRUBIA, V., La responsabilité internationale de l'individu, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1999, vol. 280, pp. 139-428).

La influencia del individuo en el orden jurídico internacional ha sido destacada, entre nosotros, por J. A. Pastor Ridruejo, para quien el Derecho Internacional contemporáneo tiene un *acusado carácter humanista y social*, «se interesa así por lo pronto de la protección de los derechos fundamentales del hombre»(...) y por «la suerte de los pueblos, poniendo las bases jurídicas para su autodeterminación y sentando los principios y cauces para el desarrollo integral de los pueblos e individuos»²⁶. En este sentido, el Derecho Internacional «aspira mediante la protección internacional de los derechos del hombre (...) a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos»²⁷.

Quizá nadie dudaría en afirmar la legitimidad del pensamiento que atribuyese la personalidad internacional exclusivamente al ser humano, pero nadie tampoco podrá afirmar que sea ésta precisamente la idea-fuerza que inspira y hace funcionar la maquinaria de las actuales relaciones internacionales y de su ordenamiento jurídico. En todo caso, no dejan de ser bellas, por expresivas, las palabras de Lelio Basso, para quien «la communauté des hommes —donc les peuples et les minorités nationales— sont les véritables sujets de l'histoire... L'Etat n'est qu'un des instruments dont le peuple se sert pour agir mais n'est rien en soi... Les sujets de l'histoire sont les peuples, *qui sont également les sujets du droit*»²⁸.

En realidad, se puede decir, por lo menos y con independencia de las cuestiones relativas a los aspectos técnicos de la subjetividad internacional, que *uno de los caracteres más sobresalientes del Derecho Internacional actual viene marcado por el reconocimiento de un lugar especial dentro del mismo a la persona humana*. Como afirma J. Roldán Barbero, «La faceta —humanitaria— se ha revalorizado visiblemente en la ordenación internacional de nuestros días. Asistimos (...) a un —nuevo orden internacional humanitario—, manifiestamente mejorable, sin embargo»²⁹. Se ha incorporado de este modo al *individuo con*

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 4 ed., 1994, p. 68.

²⁷ *Ibid.*, p. 185.

²⁸ Cit. por JOUVE, E., *Le Droit des peuples*, París, 1986, p. 7.

²⁹ ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre Derecho Internacional Público*, Almería 1996, p. 38.

un papel renovado en la Sociedad Internacional que parece incontestable, a la vista de la importancia que al mismo se le atribuye en las normas de Derecho positivo, y que parece admitido de forma generalizada en la doctrina. Tanto es así, que J. A. Pastor Ridruejo ha concluido, de forma amplia, que «Si le droit international s'est construit dans le passé sur une société d'États souverains, il aspire aujourd'hui à se fonder en outre sur une communauté d'êtres humains»³⁰.

Con seguridad, se suscitan múltiples cuestiones que derivan del hecho del reconocimiento de la persona humana como actor, también privilegiado, de las relaciones internacionales y, por ende, como eventual destinatarios de principios y normas que emanan del ordenamiento jurídico internacional. En todo caso, podríamos centrarnos en alguna de ellas:

i) Ha penetrado, ciertamente, en el Derecho Internacional el convencimiento de que es preciso *asegurar el respeto de los derechos humanos* e impedir sus violaciones más flagrantes, porque, en definitiva y como se sabe, el Estado, última garantía del respeto de los derechos humanos, se convierte a veces en el verdugo de sus propios súbditos o, dicho de otro modo, «el Estado soberano puede llegar a ser no el protector de sus nacionales sino su opresor: el marco estatal no es pues suficiente para garantizar la protección del individuo»³¹.

De un modo u otro, se ha ido resaltando el convencimiento profundo de que *los derechos humanos ocupan un lugar central en el actual orden jurídico internacional* y, así, J. Verhoeven ha podido decir que «les droits de l'homme son au coeur des préoccupations qui agitent aujourd'hui la <famille des nations>»³², lo que se ha plasmado, de manera definitiva en el «corazón» del ordenamiento jurídico internacional por lo que en la Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización en 1999 se dice, con razón, que «el régimen jurídico internacional para la protección de los derechos humanos ha constituido en el siglo XX *el resultado más importante de la labor*

³⁰ PASTOR RIDRUEJO, J. A., Le droit international à la veille du XXIème siècle: normes, valeurs et faits. Cours général de droit international public, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1998-IV, vol. 274, p. 113.

³¹ CHEMILLIER-GENDREAU, M., La solution de la crise des Nations Unies: Application de la Charte plutôt que revision, *R.B.D.I.*, 1987, pp. 28-40, p. 35.

³² VERHOEVEN, J., Sur la sanction de la violation des droits fondamentaux de la personne humaine, *Les nouveaux aspects du Droit international*, Colloque des 14, 15 et 16 avril 1994, sous la direction de R. Ben Achour et S. Laghmani, Paris, 1994, p. 110.

realizada por la Sociedad de las Naciones y por las Naciones Unidas en pos de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional»³³.

Nos hallamos en presencia, es verdad, de un *proceso de humanización del Derecho Internacional* que ha convertido a la protección de los derechos humanos en un componente fundamental y esencial dentro de su concepción sistemática³⁴. En esta línea, aunque deban introducirse las matizaciones necesarias, está claro que se ha formado un conjunto de normas de protección que contienen una obligación internacional de respeto por los derechos humanos cuya naturaleza permite considerarlas como oponibles *erga omnes*. Así lo sostuvo el Instituto de Derecho Internacional al indicar que «cette obligation internationale est, selon une formule utilisée par la Cour Internationale de Justice, une obligation *erga omnes*; elle incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme»³⁵.

³³ *Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización*, Nueva York, 1999, p. 38, párr. 256. Para continuar indicando que «Tenemos hoy declaraciones, convenciones, tratados, declaraciones de principios y códigos de conducta que se refieren a prácticamente todos y cada uno de los aspectos concebibles de la relación entre la persona y el Estado. Existen instrumentos jurídicos para proteger los derechos del niño, para proteger el derecho de la mujer a la igualdad de trato, para enunciar las obligaciones de los gobiernos en cuanto a la observancia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, para prohibir la discriminación racial, para prevenir la tortura, para proteger a las minorías y para promover y proteger la diversidad cultural. Entramos en el nuevo milenio con un código internacional de los derechos humanos que constituye uno de los grandes logros del siglo XX», párr. 257 (cursiva añadida).

³⁴ Esta progresión del valor otorgado a los Derechos humanos en el orden jurídico internacional ha sido resaltada, por ejemplo, por el Secretario General de las Naciones Unidas, en los siguientes términos: «Las Conferencias de Paz celebradas en La Haya en 1899 y 1907, al pasar del siglo XIX al siglo XX, apuntaban a humanizar nuestro mundo y a instituir normas para mitigar los sufrimientos de la población en los conflictos armados. La necesidad de reducir los sufrimientos humanos infligidos por la guerra era la razón por la cual se buscaba el arreglo pacífico de las controversias. El régimen jurídico internacional para la protección de los derechos humanos ha constituido en el siglo XX el resultado más importante de la labor realizada por la Sociedad de las Naciones y por las Naciones Unidas en pos de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional» (*Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización*, Suplemento n.º 1 (A/52/1), Nueva York, 1997, párrafo 256).

³⁵ Art. 1 de la Resolución adoptada en la sesión del I.D.I. de Santiago de Compostela, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63-II, 1990, pp. 339-345. También J. VERHOEVEN ha subrayado la avanzada naturaleza que han adquirido estas normas

Quiero constatar, no obstante, que el fracaso en la consecución del objetivo de la protección de los derechos humanos a escala universal es patente, y que sólo en ámbitos muy reducidos como es el caso del europeo-occidental y americano, existen las garantías mínimas para el respeto de ciertos derechos humanos fundamentales. Por contra, la situación que ha venido reinando y reina en muchos lugares del planeta ilustra la ineficacia del sistema internacional a la hora de proteger y garantizar el respeto de esos derechos, y ello podemos observarlo, sin insistir en situaciones lacerantes que periódicamente se reflejan en los medios de comunicación, como fue en, en el siglo XX, los años sesenta: Biafra (Nigeria); en los años setenta: Burundi, en los años ochenta: Etiopía, o en el decenio de los noventa: Somalia; Bosnia-Hezergovina, Sierra Leona y, Chechenia o, en el siglo XXI, en Somalia, Siria o Libia.

Las dificultades a las que se enfrenta, pues, la Comunidad Internacional en la consecución del objetivo concerniente al respeto, lo más amplio posible y a nivel universal, de los derechos humanos son de todos conocidas y se patentizaron, también, en la *Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*, celebrada en Viena en junio de 1993 que, de alguna manera, supuso el resumen de la labor realizada por esta Comunidad, en materia de derechos humanos, a lo largo del siglo XX³⁶.

De todas formas, hemos de constatar uno de los elementos que, quizá en el futuro, merezca una mayor atención por parte de la doctrina científica. Me refiero a la posibilidad de afirmar o no, a la luz de las diversas concepciones sobre los derechos humanos, la existencia de *derechos humanos de carácter universal* tanto en su reconocimiento como en los límites y ejercicio de los mismos, lo que hará que nos preguntemos sobre qué consecuencias tendrá todo ello en este importante sector de la cooperación internacional.

Quizá merezca la pena poner de relieve que, una primera aproximación a la realidad internacional, revela la existencia de *tendencias contradictorias*. Así, por ejemplo, se observa, por un lado, que en el

al sostener que «L'importance même que revêtent les droits de l'homme conduit fréquemment à leur conférer un caractère d'ordre public ou de *ius cogens*, ce que invaliderait tous accords qui les méconnaîtraient», La sanction de la violation des droits fondamentaux de la personne humaine, en *Les nouveaux aspects cit*, p. 111.

³⁶ DÍAZ BARRADO, C. M., "La Segunda Conferencia Mundial sobre derechos humanos", *Revista Extremadura*, 1995.

espacio OSCE, como lo señaló V. Abellán, la consagración de la denominada «dimensión humana» representa el acercamiento entre posiciones, antes diferentes, en materia de derechos humanos³⁷, mientras que, por otro lado, no resulta difícil recordar las posiciones de ciertos Estados que han puesto en tela de juicio instrumentos jurídicos, o quizá la interpretación de algunas de sus normas, que hasta no hace mucho se consideraba que contenían la expresión formal de valores que se estimaban universales.

Para O. Casanovas «en los últimos años este fondo de valores comunes que fundamentaría la universalidad del respeto a los derechos humanos, ha sido puesto en tela de juicio. La primacía otorgada al desarrollo económico como primer objetivo de los países en vías de desarrollo, el fundamentalismo islámico e, incluso, la crítica al individualismo en el pensamiento occidental, han puesto en entredicho el universalismo de los derechos humanos»³⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado K. Mbaye al señalar y subrayar ciertas amenazas que pesan sobre *la universalidad de los derechos humanos*, tales como las transformaciones que se han producido en la sociedad internacional, en particular, los progresos de la ciencia y la tecnología, la intransigencia religiosa y el subdesarrollo, aunque para este autor, la «universalidad se puede salvar»³⁹.

La clave radica, entonces, en la interpretación y aplicación que se haga de los derechos que se reconocen en el plano universal y con significados universales. La tensión entre la posición de ciertos Estados y lo que se viene plasmando en instrumentos jurídicos está presente y, en concreto, algunos Estados musulmanes insisten en una interpretación y aplicación de ciertos derechos humanos en los que primarían las perspectivas particulares. Quizá lo que suceda, en el fondo, es lo que dijera M. Charfi, es decir, que «le monde musulman a du mal à s'adapter aux principes nouveaux de liberté, démocratie, droits de l'homme et égalité de sexes»⁴⁰, pero con independencia de

³⁷ Cfr., ABELLÁN HONRUBIA, V., “Los derechos humanos en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa”, *Cursos Vitoria/Gasteiz*, 1989, pp. 85 ss.

³⁸ CASANOVAS Y LA ROSA, O., “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, p. 183.

³⁹ Cfr., MBAYE, K., “Menaces sur l'universalité des droits de l'homme”, *Hom. Boutros Ghali*, Bruselas, 1998, pp. 1243-1244.

⁴⁰ CHARFI, M., “Les Etats musulmans et les droits de l'homme”, *Home. Boutros Ghali*, Bruselas, 1998, p. 993.

ello, la quiebra o no de la universalidad de los derechos humanos, tal y como es concebida en la actualidad, estará en manos de los órganos encargados de aplicar e interpretar los instrumentos en que dichos derechos se reconocen⁴¹.

La presencia de los particularismos, en materia de derechos humanos, no debería desvirtuar los componentes fundamentales de un *principio de protección universal de los derechos humanos*; por esta razón, los distintos órganos que se han creado para la garantía de estos derechos deberían impedir que se atentara contra la esencia de algunas normas que tanto ha costado acomodar en el seno de la Comunidad Internacional.

Aun así, la formulación general del principio de protección de los derechos humanos actualmente parece orientada, más que a dotarle de un contenido, a instaurar mecanismos supraestatales que permitan que *el individuo se sienta amparado* frente a actos de los Estados que vulneren estos derechos. En este sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas ha subrayado, recientemente, que «*Sigue constituyendo un desafío considerable para las Naciones Unidas el de salvar la brecha que hay entre las normas de derechos humanos y su aplicación*»⁴², y ello a pesar de los importantes avances que, como hemos dicho, se han producido en la configuración de mecanismos de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en ámbitos regionales.

En resumen, está claro, antes de todo, que *la persona humana va adquiriendo cada vez un mayor protagonismo en la escena internacional* y que el mismo se desvela, con plenitud, en el ordenamiento jurídico internacional al hilo de los avances que se van produciendo *en lo relativo al reconocimiento y protección de los derechos humanos* por lo que, como lo ha indicado A. Rodríguez Carrión, nos hallamos en un marco de humanización «por la creciente preocupación por la

⁴¹ Por esto, VASAK, K., ha señalado, acertadamente, que «l'exigence de principe de l'universalité des droits de l'homme devrait amener les organes compétentes pour appliquer les normes pertinentes à les interpréter de manière a toujours faire prévaloir l'universalité des droits de l'homme, au détriment même de la volonté particulariste, explicite ou implicite, des Etats», VASAK, K., "Les principes fondamentaux d'interprétation et d'application des droits de l'homme", *Home. B. Ghali*, Bruselas, 1998, p. 1429.

⁴² *Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización*, Suplemento n.º 1 (A/56/1), Nueva York, 2001, párrafo 196.

declaración de los derechos y libertades individuales de la persona humana y, lo que es más importante, por el establecimiento de mecanismos eficaces de protección», pero es verdad, también, que «esta consideración resulta casi ociosa si no se olvida que hace apenas medio siglo se consideraba que las cuestiones relativas a los derechos humanos constituían una cuestión relativa a la competencia interna de los Estados, sin que el derecho internacional incidiera en estos asuntos»⁴³.

ii) Asimismo, el carácter humanista del Derecho Internacional contemporáneo, implica el *respeto de los derechos de los pueblos*, en particular, su derecho a la *libre determinación*. Es verdad que los logros en este campo han sido mayores y más significativos, pero insuficientes para dar por zanjados, como debería ser, los problemas de la colonización. Sin duda, «la cuestión palestina» reúne todos los elementos que permiten confirmar esta observación.

En el marco de la descolonización y más allá de ésta, «la cuestión palestina» continúa sin encontrar una solución plenamente satisfactoria, y la verdad es que, en este caso, la claridad y precisión de las normas internacionales que regulan la cuestión, contrastan sobremedida con la actitud de ciertos Estados, empeñados en proseguir y consolidar hábitos trasnochados. Todo ello, además, de que, como se vino observando, durante el año 2002, nos hallamos en presencia de una «situación» que genera graves peligros para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y que se sigue observando en los últimos años. Esperemos, en todo caso, que se hagan realidad las palabras del entonces Presidente del Gobierno español en la Conferencia de Paz de Madrid, celebrada en 1991, cuando señaló que «Somos conscientes de la complejidad del proceso, pero los españoles sabemos cómo la cooperación entre las culturas y la unión de los esfuerzos colectivos pueden generar una convivencia pacífica. La paz es la condición necesaria. La región tiene recursos naturales y capital humano que en un clima que sustituya el conflicto por la cooperación puede garantizar el desarrollo y el bienestar de todos los seres humanos que habitan en ella»⁴⁴.

⁴³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *El derecho internacional*, cit.

⁴⁴ Política Exterior, Informes y Documentos, n.º 23, Monográfico *La Conferencia de Paz sobre Oriente Próximo*, Palacio Real de Madrid, 30 de octubre-3 de noviembre de 1991, p. 15.

En síntesis, salvo supuestos no desdeñables, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, en cuanto derecho a la descolonización, se ha revelado en toda su magnitud, siendo indudable su eficacia en las relaciones internacionales contemporáneas, quedando claro, sin embargo, como ha indicado M. P. Andrés en relación con el contenido de este derecho, que es igualmente cierto «que salvo lo relativo a la descolonización, los perfiles y límites de la libre determinación en otros supuestos no están totalmente definidos»⁴⁵.

En la actualidad, este derecho comienza a manifestarse con efectividad en otros ámbitos, y, en esta línea, el relanzamiento de *los nacionalismos* en el ámbito europeo ha hecho visible la faz oculta del derecho a la autodeterminación, es decir, lo que podríamos denominar la «autodeterminación interna», con lo que el principio está adquiriendo una mayor complejidad⁴⁶, por ejemplo, por la afirmación de derechos que corresponden a las *minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas* estrechamente vinculado este problema al reconocimiento de los derechos humanos.

Desde luego, hay que partir en esta cuestión de la posición que, en 1992, adoptara el Secretario General de las Naciones Unidas cuando indicó, en una frase que no por repetida ha perdido valor, que «Las Naciones Unidas no han cerrado sus puertas, pero si cada grupo étnico, religioso o lingüístico pretendiera formar un Estado, la fragmentación no tendría fin, con lo que serían aún más difíciles de alcanzar la paz, la seguridad y el bienestar económico para todos»⁴⁷. Posición que, de otra forma, reiteró en el seno de la Universidad Carlos III de Madrid, cuando sostuvo que «algunos pueblos, en medio de trágicos balbucesos, intentan conciliar la racionalidad del Estado y los impulsos del micronacionalismo. Y debemos plantearnos gravemente la cuestión de saber si el principio del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos no corre a veces el riesgo de favorecer en cierto modo la aparición de micronacionalismos, en contra de la idea que todos tenemos del Derecho Internacional»⁴⁸.

⁴⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., “La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional”, *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* 1997, p. 123.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁷ *Un Programa de Paz*, p. 51.

⁴⁸ BOUTROS GHALI, B., *Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas con motivo de la entrega del Diploma de Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III*, pp. 19-20 (cursivas añadidas).

iii) La relevancia de la persona humana en el orden jurídico internacional y el sentir humanista que habita ya en este ordenamiento permiten, también, reflexionar sobre la conclusión de normas convencionales destinadas a que las violaciones de Derechos Humanos sean objeto de una represión particular cuando procede del comportamiento de individuos. En este sentido, se puede afirmar con PELÁEZ MARÓN, que la responsabilidad penal internacional es una de las materias que mayor desarrollo ha experimentado en el siglo XX⁴⁹.

Sin infravalorar la relevancia que han tenido, en la configuración de la responsabilidad penal del individuo, algunas normas convencionales, como la *Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (adoptada el 10 de diciembre de 1984), la creación por el Consejo de Seguridad de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda constituye, sin lugar a dudas, una de las aportaciones más relevantes al Derecho Internacional que se ha producido en los últimos decenios, y que sólo pueden ser entendidas a partir de las transformaciones habidas en la Sociedad Internacional desde los últimos años del decenio de los ochenta⁵⁰.

Con todo, puede considerarse un hito fundamental en la historia de la Humanidad el hecho de que, el 1 de julio de 2002, se haya producido la entrada en vigor del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, firmado en Roma, como se sabe, en 1998⁵¹. En palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, «la création de la Cour est un gage d'espoir pour les générations à venir et un pas de géant sur la voie du respect universel des droits de l'homme et de l'État de droit»⁵².

Aunque no parece conveniente en este lugar proceder a un análisis exhaustivo del mismo, sí puede destacarse, por lo menos, con Yáñez

⁴⁹ PELÁEZ MARÓN, J. M., "El desarrollo del Derecho Internacional Penal en el siglo XX", en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, p. 92.

⁵⁰ En este sentido, CONDORELLI, L., "Le Tribunal Penal International pour l'ex-Yugoslavie et sa jurisprudence", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 247.

⁵¹ Vid., LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001.

⁵² *Déclaration de Kofi Annan, Secrétaire général des Nations unies, faite le 18 juillet 1998 à Rome à l'occasion de la signature du Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (Communiqué de Presse, SG/SM/6643, L/289).

Barnuevo, que «en su conjunto, (...) puede afirmarse que el Estatuto de Roma, aunque innovador en muchos de sus aspectos e incluso revolucionario por su objeto mismo, es un instrumento sólidamente apoyado en las tendencias más recientes y consolidadas del Derecho Internacional en las materias que abarca, tanto sustantivas como procesales»⁵³. Pero tal vez sea más relevante destacar su trascendencia para el conjunto de la humanidad, porque, como subrayara A. Rodríguez Carrión, «es un impulso más en la construcción de un Derecho internacional tan preocupado por satisfacer las exigencias mínimas de los Estados, sus sujetos primordiales, como por acercar sus normas jurídicas a los destinatarios reales últimos: el ser humano y la salvaguarda de sus valores esenciales»⁵⁴.

iv) Por último, otra de las dimensiones que revelan el papel del individuo en la actual sociedad internacional es la relativa a la adquisición de la condición de ciudadano en el marco de procesos de integración. En este sentido, es verdad, como dijimos que⁵⁵, en el caso particular de Europa, se ha ido diseñando progresivamente el estatuto de ciudadano de la Unión Europea. En efecto, como se puede observar, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas relegaron a los ciudadanos a la posición de agentes económicos; sin embargo, pronto empezaron a manifestarse planteamientos políticos en las Instituciones que pretenden superar esta situación para otorgar *un lugar más destacado a los nacionales de los Estados miembros*. Una de las primeras manifestaciones de estas inquietudes puede encontrarse en la *Cumbre de París* de diciembre de 1974, en la que se acordó la creación de grupos de trabajo para estudiar los problemas derivados de la creación de una Unión de Pasaportes, así como la posibilidad de atribuir «derechos especiales» a los nacionales de los Estados comunitarios. Un año después fue presentado el Informe encargado al

⁵³ YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., “La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, A.E.P.D.I.R.I., Madrid, 2000, p. 25.

⁵⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., “Conclusión. Una evaluación no necesariamente crítica del estatuto de la Corte Penal Internacional”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, p. 503.

⁵⁵ Este apartado toma las reflexiones y redacción del trabajo conjunto con el Profesor Juan Manuel Rodríguez Barrigón titulado “La configuración de la ciudadanía en el seno de la Unión Europea: derechos fundamentales y derechos de los ciudadanos”, publicado por la Academia Europea de Yuste.

Primer Ministro belga, Sr. Leo Tindemans, en el que se contiene un capítulo destinado a «La Europa de los ciudadanos» que formula dos grandes líneas para la profundización en la construcción europea: *la protección de los derechos de los individuos y la preparación de acciones dirigidas a generar una «identidad europea»*. A pesar de las propuestas contenidas en este Informe no se vieron acompañadas de la voluntad política necesaria para llevarlas a efecto, tiene una gran importancia porque apunta ciertas fórmulas para aproximar a los ciudadanos a la construcción comunitaria mediante la atribución desde este sistema jurídico de nuevos derechos y a través de medidas que impulsen sus signos exteriores de identificación.

Lo importante es que con la firma del Tratado de la Unión Europea en Maastricht se da luz a *la ciudadanía de la Unión Europea*. Ésta aparece bajo la caracterización general de un estatuto que se regula en el Tratado de la Comunidad Europea, y que concibe a los ciudadanos como «titulares de los derechos y sujeto de los deberes» contemplados en el Tratado. Esta posición se concreta a través de la determinación de los derechos de los que goza el ciudadano de la Unión.

Otros procesos de integración han penetrado también, aunque tímidamente, en este sector y así podemos observarlo, dentro del continente europeo, tanto en *Mercosur* como en *la Comunidad Andina* en los que se han adoptado algunas normas que inciden en el concepto de ciudadano. Lo que nos demuestra que la persona humana también está presente en uno de los fenómenos de mayor interés para las relaciones internacionales en el presente siglo.

En suma, la evolución del Derecho Internacional *ha incorporado a la persona humana a sus valores fundamentales* a través de normas que demuestran el papel relevante que la misma tiene en la Comunidad Internacional. Aun así, deben esperarse todavía algunos cambios de gran relevancia porque, como mantiene C. del Arrenal, «En consonancia con el principio de democracia, el nuevo concepto de seguridad común y la redefinición del concepto de amenaza a la paz, las Naciones Unidas también deberían profundizar en el reconocimiento de subjetividad jurídico-internacional de los pueblos e individuos, lo que supone avanzar en la definición de los derechos humanos, sobre la base del consenso entre las diferentes culturas»⁵⁶.

⁵⁶ DEL ARENAL, C., «Cambios en la Sociedad Internacional», *loc. cit.*, p. 23.

SOBRE CAPACIDAD Y DERECHOS¹

RAFAEL DE ASÍS ROIG

Catedrático de Filosofía del Derecho

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

SUMARIO:—1. Discapacidad y derechos humanos.—2. Sobre capacidad.—3. Una necesaria relectura de la capacidad ética y jurídica.

1. DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

El examen de los sujetos de derecho, cuestión tradicional en la historia del Derecho, ha recobrado hoy en día una nueva fuerza de la mano de la reflexión sobre los derechos humanos. Dentro de ésta, los estudios sobre ciudadanía y no discriminación, sobre los sujetos colectivos o sobre la posición en la que se encuentran ciertos grupos de personas ante los derechos, han provocado un cuestionamiento del tratamiento clásico de este concepto. Un ejemplo de esto último lo constituye toda la reflexión sobre la idea de la capacidad, centrada principalmente, en un primer momento, en el campo de los derechos de las mujeres y los niños, y, en un segundo momento, en el de las personas con discapacidad.

En los últimos años se ha producido una enorme producción científica relativa a la discapacidad que ha sido acompañada de una ingente actividad legislativa. A todo ello se ha unido la aparición de un importante movimiento social en pos del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007, y en el del proyecto «El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español», Ministerio de Ciencia e Innovación. DER 2008-03418.

De esta forma, la discapacidad se ha acercado, no sin dificultad, al discurso de los derechos. Este acercamiento se ha producido gracias a la adopción de dos nuevos enfoques de la discapacidad que pueden ser descritos a través de los denominados como modelo social y modelo de la diversidad.

El modelo social de la discapacidad puede ser descrito (de manera genérica), a través de los siguientes postulados:

- a) La defensa de que el enfoque correcto para abordar la discapacidad desde un punto de vista normativo es el de los derechos humanos.
- b) La defensa de que la discapacidad tiene, en la mayoría de los casos, un origen social por lo que las medidas tendentes a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad deben tener como principal destinataria a la sociedad en general.
- c) La defensa de que la discapacidad es, principalmente, una situación en la que se encuentran o pueden encontrarse las personas y no un rasgo individual que las caracterice.
- d) La defensa de que, por todo ello, la política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación y, dentro de este, en el ámbito de la generalización de los derechos.

Este último postulado posee dos implicaciones que nos interesa subrayar. Por un lado supone que las herramientas básicas para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad deben basarse en las dos proyecciones clásicas de la igualdad, esto es la diferenciación negativa y la positiva², generalizando y haciendo efectivos los derechos humanos a este colectivo. Por otro lado supone que el discurso de los derechos de las personas con discapacidad está, predominantemente, centrado en situaciones y no en identidades; los derechos de las personas con discapacidad son, en términos generales, los mismos derechos que posee cualquier persona y, por tanto, su

² Ambas proyecciones parten del hecho de la diferencia humana. La diferenciación negativa consiste en un trato igual de situaciones diferentes que no son consideradas como relevantes, mientras que la diferenciación positiva consiste en un trato desigual de situaciones diferentes que son consideradas relevantes.

justificación no obedece a rasgos individualizadores o de identidad de un colectivo.

Ahora bien, en los últimos años, dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad, se ha comenzado a hablar del modelo de la diversidad. Este término, preconizado por los movimientos de vida independiente, ha servido para identificar un discurso que, si bien no puede ser considerado en todas sus proyecciones como identitario, apela al valor que tiene la diversidad representada por las personas con discapacidad. La existencia de personas con discapacidad es, para este modelo, un ejemplo de la diversidad humana, constituyéndose en un factor enriquecedor de la sociedad. Dos son las proyecciones de este modelo. Una, de corte liberal, que es preconizada por los movimientos de vida independiente; otra de corte comunitario, desarrollada por la comunidad sorda.

En efecto, el modelo de la diversidad defendido por los movimientos de vida independiente, desde la exaltación del valor social de las personas con discapacidad, subrayan el derecho de todas las personas al logro de una vida humana digna, o lo que es lo mismo, a la consecución de sus planes de vida. Para ello, las personas con discapacidad deben ser autónomas e independientes, lo que supone eliminar barreras bien de manera general bien mediante el suministro de recursos, de carácter individual, que permitan a cada individuo ejercer su autonomía³.

Por su parte, el modelo defendido desde la comunidad sorda, también exalta del valor de las personas con discapacidad, pero lo hacen considerando que se trata de un colectivo cultural con valores propios que deben ser protegidos, garantizados y promovidos por la sociedad. En este sentido, además de la eliminación de barreras, es necesario proteger los rasgos que definen a este colectivo y elaborar políticas que permitan su desarrollo y su pervivencia en el tiempo.

En todo caso, no es posible negar que el propio modelo social utiliza un concepto de discapacidad que posee, aunque sea en dosis mínimas, ciertas implicaciones identitarias o, si se prefiere, centrada en los rasgos de las personas. Y tampoco hay que pasar por alto que,

³ Vid. ROMANACH, J. y PALACIOS, A., *El modelo de la diversidad*, Diversitas-AIES, Madrid 2006. Vid. también ROMANACH, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid, 2009, pp. 28 y ss.

las posiciones identitarias no tienen porqué dejar a un lado la atención a la situación. Incluso es posible afirmar que uno de los retos a los que se enfrenta el enfoque de la discapacidad desde los derechos humanos es precisamente el de saber compaginar estos dos enfoques, el de saber conjugar el discurso universal y el particular⁴.

Se trata de una cuestión presente con carácter general en el discurso de los derechos humanos. En efecto, dentro de éste, la contraposición entre argumentos universales y particulares es un hecho que se traduce en disputas presentes, por ejemplo, en la reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos o en la reflexión sobre la justificación o no de los derechos colectivos⁵.

Como señalaba antes, el acercamiento de la discapacidad al mundo de los derechos se ha producido con dificultades que todavía hoy están presentes. Y estas dificultades provienen de la manera en la que la sociedad se enfrenta a la discapacidad, del propio discurso de los derechos e, incluso de las propias personas con discapacidad o sus representantes. En efecto, es común encontrar un cierto temor en las propias personas con discapacidad al disfrute de los derechos, ya que en ocasiones eso puede significar una relativa pérdida de protección. Y ese temor se acrecienta en los representantes y familiares, algunos de los cuales, movidos por un exceso de paternalismo, consideran que este discurso no puede proyectarse en este ámbito. Pero las dificultades son muchos más explícitas si nos fijamos en la forma de entender la discapacidad en la mayoría de la sociedad; una forma muy unida al llamado modelo de rehabilitación.

Para este modelo, las causas que originan la discapacidad son científicas (la discapacidad es producto de una limitación física, psíquica o sensorial). Las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Por ello, el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a las personas con deficiencias para integrarlas en la sociedad. La discapacidad es un problema de la persona,

⁴ Vid. ASÍS, R. DE, «Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos», en RAMIRO, M. A., y CUENCA, P. (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, n. 11, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 163 y ss.

⁵ Vid. ANSUÁTEGUI, F. J., *Una discusión sobre los derechos colectivos*, Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, n.º 1, Dykinson, Madrid, 2001.

directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de su salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. El tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela, pero no desde el punto de vista de los derechos humanos.

Pero incluso, las dificultades de llevar la discapacidad al mundo de los derechos aparecen desde la construcción del propio discurso de los derechos, anclado en unos referentes muy alejados del mundo de la discapacidad (algo diré más adelante).

A pesar de estas dificultades, puede decirse que el acercamiento de la discapacidad al mundo de los derechos es ya un hecho, sobre todo desde la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No cabe duda de que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, es un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad la cual, a partir de ahora, deberá ser examinada desde un enfoque de derechos humanos. La principal consecuencia de este enfoque es considerar que las personas con discapacidad son, al igual que el resto de personas, titulares de derechos y no objeto de políticas caritativas o asistenciales. Pero además, implica entender que las desventajas sociales que sufren deben eliminarse por constituir genuinos ejemplos de discriminación y de vulneración de derechos humanos.

Aunque el enfoque de los derechos humanos estaba ya presente en la filosofía contemporánea, sobre todo desde la aparición del modelo social de la discapacidad, con la Convención, la discapacidad queda ya definitivamente integrada en la historia jurídica de los derechos. El tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad pasa así a formar parte de uno de los grandes procesos históricos que permiten dar cuenta de la evolución de los derechos humanos: el proceso de generalización. Y ello porque, en realidad, la Convención no reconoce nuevos derechos, sino que extiende los derechos, generaliza los derechos, a las personas con discapacidad, y

además, prestando atención a su situación y no a los rasgos que permiten identificar a dicho colectivo.

En el Derecho español, la evolución del tratamiento de la discapacidad, antes de la aprobación de la Convención, se había ido acercando hasta el modelo social. Buena prueba de ello lo constituye la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad, y toda una serie de normas de desarrollo.

En este sentido, en realidad la Convención viene a ratificar y consolidar esa tendencia hacia un enfoque social, subrayando, en todo caso, la necesidad de adoptar una perspectiva propia de derechos humanos.

Como ya hemos señalado, la Convención no añade nuevos derechos a los ya presentes en el Ordenamiento jurídico español. Sin embargo, lo que sí que hace es dar un paso definitivo para insertar la cuestión de la discapacidad en el campo de los derechos humanos. Además, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, por el que se obliga a interpretar los derechos reconocidos en nuestro texto constitucional en conformidad con la Declaraciones y Tratados internacionales sobre derechos humanos, los derechos fundamentales deben ahora ser abordados teniendo muy presente la situación de las personas con discapacidad.

De esta forma, la incorporación de este instrumento normativo a nuestro Ordenamiento jurídico exige realizar una serie de reformas, algunas de ellas de gran trascendencia. Para ello, como ha venido ocurriendo en la historia contemporánea del tratamiento de la discapacidad, y como subraya también la Convención, la participación de las personas con discapacidad y de las organizaciones a ellas vinculadas, será esencial.

Algunos pasos en este sentido ya se han venido dando. Tal vez el más significativo es la aprobación de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. En todo caso, siguen abiertos los principales retos que nos plantea la Convención, y que pueden ser reconducidos a tres: la regulación del derecho al uso de la lengua de signos, el derecho a la vida independiente y la capacidad jurídica universal.

La Convención no se refiere directamente al derecho al uso, conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos, si bien este puede

construirse desde el examen de sus disposiciones. En todo caso, sí que se refiere al derecho al reconocimiento y apoyo de la lengua de signos, en su artículo 30.4. La justificación que en la Convención se hace de la relevancia de la lengua de signos y de su uso es doble. Por un lado como instrumento necesario para la satisfacción de otros derechos (artículo 24.3), por otro como rasgo cultural e identitario de las personas sordas. Así, el artículo 24 habla de la identidad lingüística de las personas sordas y el artículo 30 de la cultura de los sordos.

La Convención subraya la relevancia de la lengua de signos, incluyéndola como uno de los lenguajes posibles, vinculado a una comunidad lingüística pero justificado por su relevancia para el disfrute de los derechos. En este sentido, la lengua de signos es una herramienta al igual que lo pueden ser las medidas de apoyo a la comunicación oral, defendiéndose la libertad de elección. Esto implica que el Estado deba reconocer y promover esta lengua, facilitando su aprendizaje y formando intérpretes generales y guías. Por su parte el modelo educativo que parece propugnar la Convención es inclusivo, defendiendo la existencia de intérpretes en ese ámbito.

En el artículo 19 de la Convención, que lleva por título «derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la Comunidad», se reconoce el «derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad». El precepto mencionado establece medidas destinadas a la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad. Este derecho, según la Convención, implica, por un lado, la elección del lugar de residencia en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos (dónde vivir y con quién, sin sujeción a un sistema de vida específico) y, por otro, el acceso a servicios generales y específicos (entre otros la asistencia domiciliaria, residencial y personal). Además, es de notar que la Convención vincula al derecho a la vida independiente el derecho a ser incluido en la comunidad. Desde estas claves debe ser interpretado el derecho a vivir de forma independiente. Así, este derecho debe proteger, en igualdad de condiciones que el resto de las personas, la libre elección, con los apoyos que sean necesarios, de dónde, con quién y cómo vivir, y de la asistencia personal, domiciliaria, institucional y sanitaria. El titular del derecho debe tener acceso a aquella prestación o servicio, libremente decidida por él, que mejor potencie su autonomía y su inclusión social, en consonancia con su situación.

La temática de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad fue la cuestión más polémica de las negociaciones. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que en una de las sesiones (en la octava) se aprobó la Convención con una nota al pie de página en el artículo sobre esta temática (el 12) que decía: «En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”».

Finalmente, el artículo 12 de la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, lo que implica un cambio fundamental en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Se trata de un cambio que puede llegar a tener unas consecuencias muy importantes. Pero para ello es necesario modificar y replantearse algunos presupuestos, concepciones e instituciones que exceden del campo de lo jurídico. En efecto, alguno de estos cambios van más allá de lo jurídico proyectándose en el propio discurso ético contemporáneo.

2. SOBRE CAPACIDAD

La idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. La idea de sujeto o agente moral, la de sujeto de Derecho, y la propia Dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad. Veámoslo brevemente.

Comenzaré con la descripción del agente moral. El discurso ético es tradicionalmente entendido como un escenario en el que sujetos autónomos e independientes, dotados de capacidad para razonar y para elegir, establecen sus normas morales o contribuyen al establecimiento de las normas de moralidad social. Los actores de este discurso son aquellos que superan un estándar no siempre explícito de supuesta racionalidad, esto es las personas con capacidad. Los que no poseen la racionalidad exigida, aquellos que presentan alguna discapacidad de raciocinio (temporal o permanente), no son considerados como actores del discurso.

Un buen ejemplo de ello lo constituyen los niños, por un lado, y las personas con discapacidad mental o intelectual, por otro. Ciertamente, el papel y la concepción de unos y otros es muy diferente, aunque sólo sea porque los segundos son muchas veces considerados

como enfermos y porque la visión de la discapacidad es una visión triste y pesimista frente a la visión alegre y prometedora del niño. Y esto provoca que el tratamiento de cualquier cuestión que les afecte tenga puntos de partida distintos que, irremediabilmente, condicionan dicho tratamiento y, seguramente, las conclusiones a las que se llega.

En todo caso, y en lo que aquí interesa, estas personas que no superan ese estándar de racionalidad, como señalaba antes no son sujetos del discurso sino objeto, quedando así su horizonte moral pendiente de la decisión de los capaces. Y esto ha provocado que el tratamiento de estas personas sea una cuestión de solidaridad y no necesariamente una cuestión de derechos. Sólo recientemente es posible hablar de un cambio que se percibe claramente en el campo del tratamiento del menor y que comienza a percibirse, de forma mucho más tímida, en el tratamiento de las personas con discapacidad, consistente en adoptar un enfoque de derechos. Ciertamente a ello han contribuido una enorme literatura sobre ambas cuestiones y la aprobación de la Convención de Derechos del Niño y de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, como señalaba antes, el cambio en relación con las personas con discapacidad es todavía muy tímido y se enfrenta tanto a la manera en la que sociedad percibe estas situaciones cuanto a la manera en la que el Derecho las aborda.

Veamos cómo se configura la idea de sujeto de derecho. Como es sabido, la puerta de entrada al discurso jurídico lo constituye el reconocimiento de la capacidad. En efecto, para poder ser titular de derechos y obligaciones es necesario tener reconocida capacidad jurídica. Esta se tiene, con carácter general, por el hecho de ser persona y tener personalidad. El concepto de persona, en lo que aquí interesa de persona física, está relacionado con el de ser humano, siendo éste un concepto biológico y filosóficamente controvertido. La personalidad suele ser entendida como la aptitud para ser persona e implica por tanto que el ser reúna una serie de condiciones, normalmente basadas en conceptos biológicos y filosóficos, establecidas en las normas. Así por ejemplo, el Código Civil español en sus artículos 29 y 30 establece que el nacimiento determina la personalidad, considerándose como nacido el feto con figura humana y que vive desprendido de la madre 24 horas. Más allá de la interpretación razonable de este artículo en la línea de identificar feto con figura humana, sí que es importante destacar como ya desde el principio, en

la determinación de la personalidad aparecen dos rasgos que condicionan su tratamiento y que reflejan una concepción del ser humano: la figura humana (en el sentido de que el ser humano tiene una figura predeterminada) y la independencia (en el sentido de que el ser humano es un ser que puede vivir independiente).

Una vez superados los requisitos de la personalidad, el Derecho suele diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera, como acabo de señalar va unida a la consideración como persona (o mejor a la personalidad); la segunda, por el contrario, implica poseer otra serie de rasgos entre los que destaca la capacidad de realizar actos conscientes, libres y responsables. La ausencia o disminución de esta capacidad conlleva la limitación en el ejercicio de los derechos y, según sea el grado, la designación de una persona que sustituye o apoya a la persona.

En el Derecho español, las limitaciones a la capacidad de obrar tienen que ver con la edad y con la incapacitación. Esta última, que suele ser considerada como un estado civil, es consecuencia de una sentencia basada necesariamente en lo dispuesto en el artículo 200 del Código civil: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Y suele entenderse que una persona no puede gobernarse por sí misma cuando adopta decisiones y realiza actos considerados socialmente como perjudiciales o inconvenientes para ella misma. La limitación de la capacidad de obrar, esto es la incapacitación, puede conllevar la asignación de un tutor, representante legal del incapacitado y que sustituye a este en el «obrar», o de un curador, que asiste o complementa al incapacitado sin sustituirle.

El sistema de incapacitación establecido en la normativa española (Ley 13/83 de 24 de octubre) es un sistema flexible que deja en manos de juez la medición de la capacidad atendiendo al grado de discernimiento de cada sujeto y la determinación de los actos en los que la persona precisa la asistencia. Ahora bien, como es sabido, la aplicación práctica ha llevado a establecer dos grados de discapacidad, la absoluta que conlleva la tutela y priva de capacidad de obrar en todos los ámbitos al afectado, y la parcial o relativa, que conlleva la curatela y la asistencia al «obrar» del afectado en todos los ámbitos⁶.

⁶ Vid. entre otros: CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid 2007; GARCÍA GARCÍA, L., *Marco jurídico de la enfermedad*

En todo caso, conviene advertir que, como señala Francisco Barri⁷, la sustitución de la voluntad de las personas en el contexto jurídico no se produce única y exclusivamente en el ámbito de la discapacidad. También sucede, por ejemplo, cuando se otorga un poder o en situaciones de desaparición de una persona. Sin embargo, en ambos casos existen diferencias fundamentales con el proceso llevado a cabo en el ámbito de la discapacidad. En efecto el primero de los casos se apoya en la autonomía y la capacidad de la persona y en el segundo en la situación.

En este sentido, tanto en el discurso jurídico como en el ético, la capacidad y la discapacidad están condicionadas por la posesión de una serie de rasgos de carácter personal. Esta manera de condicionar la participación activa en dichos discursos deja de lado otros posibles criterios y puede ser cuestionada por su excesiva abstracción y generalidad.

El declarado incapaz, en el ámbito jurídico, lo es por los rasgos que le identifican y no por hábitos, estructuras o situaciones sociales (tal y como queda claro en el artículo 200 del Código civil o en el 25 del Código penal que dice: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma»). Además, el declarado incapaz es, en muchas ocasiones, objeto y no sujeto del proceso, tal y como aparece de manera grosera en el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando afirma: «En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal».

mental. Incapacitación e internamiento, Revista General de Derecho, Valencia 2000; ROVIRA SUEIRO, M. E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2005.

⁷ Vid. BARRIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en AA.VV., *hacia un Derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, 2009 (en prensa)

Sin embargo, puede afirmarse que, en ocasiones, la capacidad y la discapacidad son más bien reflejo de una situación y no una cuestión que podríamos denominar como de identidad. En efecto, la discapacidad y la capacidad, puede producirse a veces por circunstancias, estructuras y condicionantes sociales. Esto es precisamente lo que expresa, en el tratamiento de la discapacidad, el modelo social⁸.

Según el modelo social, como señalé al comienzo, existen situaciones en las que la discapacidad es producto de la sociedad y no de la persona. Ciertamente, el modelo social, ha impregnado buena parte de las regulaciones jurídicas contemporáneas de la discapacidad. Sin embargo, todavía no está presente en algunas cuestiones de gran relevancia, entre las que destacan, como acabo de señalar, aquellas que tienen que ver con los principales referentes genéricos de los discursos ético y jurídico. Y tampoco puede afirmarse la presencia del modelo social de la discapacidad en el ámbito de la sociedad, donde la discapacidad sigue entendiéndose como un rasgo distintivo de un colectivo que la sufre y la padece.

Seguramente, estos referentes que determinan cómo se entiende la capacidad en el ámbito ético y en el jurídico son consecuencia de la propia idea de dignidad humana, tal y como ha sido construida desde su origen hasta nuestros días y que se presenta como argumento justificatorio de los derechos⁹.

La idea de dignidad humana al mismo tiempo que ha servido para proteger la integridad física y moral de la mayoría de las personas también ha tenido como consecuencia la estigmatización de algunos colectivos (los diferentes). En efecto, el ideal de la dignidad humana va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. El modelo de ser humano de la Ilustración, se apoyaba en una patrones basados en la perfección (esto no era una novedad), puesta al servicio del logro de diferentes ideales que se lograban mediante la utilización de esos patrones. Así, la idea de dignidad huma-

⁸ Vid. PALACIOS, A., «¿Modelo rehabilitador o modelo social? Las personas con discapacidad en el Derecho español», en JIMÉNEZ, E. (ed.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Ediar-Dykinson, Buenos Aires, 2006.

⁹ Vid. PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 26 Dykinson, Madrid 2003. Vid. también PELE, A., *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid, 2010.

na, en este contexto, se apoyó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello, sigue siendo el principal referente de la idea de ser humano trasladándose a la concepción de los derechos¹⁰.

En efecto, la teoría de los derechos humanos ha estado cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su «capacidad» para razonar, por su «capacidad» para sentir y por su «capacidad» para comunicarse. Es ese modelo el que constituye (el que ha constituido tradicionalmente) el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral. La proyección de ese modelo en el contexto moral, implica orientar esas capacidades hacia la cuestión moral, que no es otra que el logro de la felicidad o, si se prefiere, el logro de un plan de vida. Es a esto a lo que solemos denominar como «capacidad» moral, siendo también un rasgo identificador de los individuos, como agentes morales.

Esos atributos se presentan como argumentos que avalan la posibilidad de hablar de la dignidad humana y, desde ellos, se justifica la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad, en definitiva, de esas capacidades. Los derechos se presentan así como mecanismos que protegen el desenvolvimiento de la dignidad, principalmente limitando, restringiendo o eliminando las barreras que el uso de las «capacidades» puede encontrar.

Por otro lado, el ejercicio de esas capacidades, suele ponerse en conexión con el papel que el individuo lleva a cabo en sociedad. Dicho de otra manera, la idea de dignidad humana, claramente en el mundo antiguo pero igualmente en el moderno, suele relacionarse con el papel social de las personas. La idea de capacidad sirve en la medida en que los individuos son «útiles» para la sociedad y la comunidad, en la medida en que es posible obtener ciertos frutos sociales desde la actuación de las personas. Ciertamente, en el mundo moderno, se ha disminuido de alguna forma la radicalidad de esa afirmación, sobre todo a partir de la idea de que las personas no deben ser trata-

¹⁰ Vid. ASÍS, R. DE, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder», en CAMPOY, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004.

das como medios sino como fines¹¹. Pero todavía en nuestros días, seguimos de alguna manera valorando a las personas utilizando esos referentes.

Desde esta forma de concebir la dignidad humana podríamos pensar que la inclusión en este discurso de una idea de individuo con discapacidad, no tendría sentido, o como mucho lo tendría como objeto de la discusión pero no como sujeto. En el mundo moral participan individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientaran estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida y que desempeñaran un papel determinado y útil para la sociedad o para la comunidad. Aquellos que no tienen esas capacidades pueden tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución.

La dignidad humana se ha construido así subrayando lo que podríamos entender como dimensión abstracta de la persona, dejando a un lado la dimensión contextual o situada.

3. UNA NECESARIA RELECTURA DE LA CAPACIDAD ÉTICA Y JURÍDICA

En este contexto y desde estos referentes, se aprueba la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, reflejándose la cuestión de la capacidad expresamente en su artículo 12, siendo éste uno de los artículos más discutidos en su proceso de elaboración¹². El objeto de la discusión se centraba en el significado y extensión de la capacidad jurídica y enfrentaba a quienes integraban en ese término a la capacidad de obrar con quienes lo diferenciaban de ésta. Esta controversia casi llega a tener como resultado, como ya fue apuntado, que el artículo se aprobara con una nota a pie de página aclaratoria del significado de este término en determinados países. Finalmente el artículo se aprobó sin el pie de página.

¹¹ Vid. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 1995, p. 104.

¹² Vid. PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

El artículo 12 de la Convención, como vengo reiterando, dispone, en su apartado 2, que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. Con ello, tal y como quedó reflejado en la disputa anterior a su aprobación, el precepto expresa lo que ha sido denominado en el ámbito de la capacidad como el paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo.

En efecto, una vez realizada la declaración general del art.12.2, los siguientes apartados de este precepto establecen el compromiso de los Estados para adoptar las medidas pertinentes que proporcionen el apoyo necesario. Así mismo disponen que las medidas, establecidas por una autoridad u órgano judicial independiente e imparcial, deberán adaptarse a las necesidades y circunstancias de las personas con discapacidad, ser proporcionales y estar sujetas a exámenes periódicos.

Además del artículo 12, para el tema que nos ocupa, resulta esencial la lectura del artículo 5, referido a la no discriminación y, más en concreto, lo dispuesto en su apartado 2, donde se prohíbe la discriminación basada en la discapacidad. El artículo 5.2 de la Convención señala: «Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo».

La construcción del principio de igualdad y no discriminación presente en la Convención se acomoda al tratamiento contemporáneo de la idea de igualdad. La lectura contemporánea de este principio parte, de manera paradójica del hecho de la diferencia como caracterizador de los seres humanos y, a partir de aquí, plantea el análisis de que diferencias son relevantes para un trato distinto y que diferencias no lo son¹³. Se considera así como discriminatorio tanto el trato diferente basado en circunstancias no relevantes, cuanto el trato no diferente desconocedor de circunstancias relevantes. Las circunstancias que se tienen en cuenta en este campo se corresponden bien con rasgos de las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la identidad) bien con situaciones en las que se encuentran las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la situación)¹⁴.

¹³ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.

¹⁴ Vid. DE ASÍS, R., «Las situaciones de dependencia desde un enfoque de

En la Convención encontramos estos dos enfoques, que se relacionan con lo que denominé al comienzo como modelo social (en el que predomina la perspectiva de la situación) y modelo de la diversidad (en el que predomina la perspectiva de la identidad). Sin embargo, el modelo social que inspira el texto internacional, nos obliga a poner el acento en la perspectiva de la situación.

Así, el paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo unido a la utilización del enfoque de la situación, constituyen sin duda uno de los principales retos de la Convención ya que, en línea de principio, vienen a cuestionar claramente la limitación de la capacidad jurídica y con ello la incapacitación de las personas.

Independientemente del valor jurídico real que quiera darse a la Convención, lo que no cabe duda es que nos plantea una serie de cuestiones que con o sin ella, deben estar presentes en el tratamiento contemporáneo de la discapacidad. Se trata de cuestiones que afectan tanto al significado y papel de la dignidad y la capacidad, cuanto a la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad.

El discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de un modelo estándar que he intentado resumir en los puntos anteriores pero que no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral. El concepto de dignidad es una construcción humana y, como tal, puede ser cambiado y abrirse a nuevas dimensiones.

Es posible plantear otra concepción del individuo, del agente moral y de la dignidad que, sin distanciarse de los valores presentes en el discurso moderno, tenga en cuenta otra serie de consideraciones.

Así, debemos desembarazarnos de ciertos patrones ideales que proyectamos sobre el concepto de vida humana digna y que convierte en indigna y especial, la situación en la que se encuentran ciertos colectivos. Poder caminar, ver, oír o comunicarse son, en las sociedades contemporáneas, auténticas ventajas, por lo que es necesario facilitar esa posibilidad a los que no la tienen satisfecha. Pero, al mismo tiempo, es importante advertir sobre la posibilidad de alcanzar una vida humana digna teniendo limitados esos rasgos, siempre y cuando tengamos en cuenta el valor de la autonomía y la independencia de los sujetos.

derechos humanos», en RAMIRO, M.A. y CUENCA, P. (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 163 y ss.

La consecución de planes de vida, esto es, el logro de una vida humana digna o, si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad, es algo que le corresponde determinar a cada individuo desde su propia autonomía moral. Y esta vida humana digna necesita de la satisfacción de una serie de exigencias y necesidades, que se presentan como instrumentos necesarios para ello. Esta es, precisamente, una de las funciones de los derechos, permitir un igual desarrollo independiente de la autonomía individual.

Por otro lado, debemos ser conscientes de que la idea de capacidad es gradual y relativa. Los individuos poseemos capacidades diferentes siendo difícil mantener que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general y, sobre todo, que eso implique una mayor dignidad. Además, el mayor o menor grado de capacidad o de discapacidad puede deberse a circunstancias de carácter temporal (además de social) y pueden evolucionar y adquirirse a través de procesos y metodologías.

Por último hay que abandonar la relación que en ocasiones se establece entre talento y dignidad; la idea de que a mayor talento (o si se prefiere a mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad, no es válida. El sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que la persona con discapacidad no ha podido acceder desde el diseño de una sociedad anclada en unos referentes que nunca tuvieron en cuenta a estos colectivos y que cuando lo hizo fue considerándolos como sujetos no portadores del rasgo de la autonomía moral (cuando en realidad se trata de sujetos a los que se imposibilita el ejercicio de dicha autonomía).

Desde estas consideraciones, tal vez, lo que debemos cuestionarnos de manera definitiva es la relación entre capacidad y dignidad humana. Esta relación, aparte de llevar aparejados una serie de condicionantes como los expuestos anteriormente, puede resultar muy dolorosa para ciertas personas a las que se niega la capacidad.

Y si mantenemos esa relación, lo que tendremos que hacer es modificar, tal y como proponen los movimientos de vida independiente, la terminología que utilizamos para referirnos a las personas con discapacidad empleando el término de personas con diversidad funcional o con diversidad intelectual¹⁵. Seguramente, este término sea

¹⁵ Vid. ROMANACH, J., y PALACIOS, A., *El modelo de la diversidad*, Editorial Diversitas, Madrid, 2006.

mucho más permeable a las consideraciones anteriores sobre la dignidad que el de personas con discapacidad.

Así, a aquellos que poseen una racionalidad, sentimiento o comunicación diversa (que finalmente somos todos los seres humanos) no se les debe negar la posibilidad de ser agentes relevantes en la discusión moral. Dicho de otra manera, el sujeto moral es aquel que, de alguna manera, cuenta con la posibilidad —actual o potencial, en grado mínimo o máximo, de un modo o de otro— de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida. Así, el marco de la discusión moral está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida (en el desarrollo de la capacidad moral).

Todo ello debe implicar importantes cambios en el Derecho, algunos de ellos de indudable complejidad. A la vista de lo dispuesto en la Convención, parece oportuno extender al campo de la diversidad mental e intelectual, la misma estrategia utilizada para la diversidad física. Como es sabido, el tratamiento de ésta se apoya en un principio general como es la accesibilidad y un principio individual como es el de los ajustes razonables¹⁶. El ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. En este sentido, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño para todos.

Pues bien, este mismo esquema puede funcionar con la capacidad jurídica. Esta, como la accesibilidad es el presupuesto y la aspiración. Ahora bien, pueden existir situaciones que exijan un ajuste (apoyo) en el ejercicio de esa capacidad. La necesidad de realizar ajustes razonables surge, en el ámbito de la discapacidad física, porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo; porque en ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una

¹⁶ Vid. AA.VV., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

información. Y algo parecido puede ocurrir en el campo de discapacidad mental e intelectual, en el que una persona puede necesitar el apoyo (el ajuste) de alguien.

La Convención apuesta en este campo por el modelo de apoyo frente al de sustitución, estableciendo que las medidas basadas en este modelo deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en el plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

La Convención obliga así a abandonar los procesos de incapacitación y a dejar a un lado los procedimientos existentes de sustitución de la voluntad (la tutela) y sustituirlos por otros de apoyo. Y mientras esto no se produzca la curatela debe ser el instrumento a utilizar.

Las primeras sentencias en materia de incapacitación que están tomando como referencia la Convención, van en esta línea. Sirva de ejemplo la Sentencia 282/2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que hace suyos los argumentos del Ministerio Fiscal (fieles a diversas instrucciones de la Fiscalía General del Estado, basadas en buena medida en un Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid), y en cuyo fundamento jurídico tercero se afirma que «la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones». Y continúa diciendo que esta configuración solo puede ser provisional, ya que la inclusión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, requiere la eliminación de estas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo.

En todo caso se trata todavía de tímidos pronunciamientos. Hay que trabajar en la construcción de un nuevo modelo de apoyo que debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona¹⁷;

¹⁷ Sobre los distintos tipos de diversidad mental y su incidencia para el tema que nos ocupa, vid. SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. También BARIFFI, F., cit.

- (iii) tener la menor duración posible y ser revisables periódicamente;
- (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona.

La Convención opta por el enfoque de la situación frente al enfoque de la identidad, lo que obliga a que cuando se abandone ese modelo de apoyo, por ejemplo en situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, se haga en razón de la situación determinada, y nunca en razón de la discapacidad.

Ciertamente, el paso al modelo de apoyo, presenta algunas dificultades entre las que pueden destacarse dos. Por un lado la necesidad de proteger la seguridad de terceros y por otro la necesidad de proteger a las propias personas con diversidad mental o intelectual. Se trata de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de configurar el sistema, pero que no pueden servir de impedimento para la realización del cambio.

En todo caso, huelga decir que en todo este nuevo enfoque de la discapacidad, el Derecho, además de ir por delante de la percepción social de esta problemática, es una herramienta que si no va acompañada de otras, entre las que destaca la educación y la formación, no podrá tener éxito.

DERECHO COMÚN VERSUS DERECHO ESPECIAL: EL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIOSA EN ESPAÑA Y PORTUGAL¹

ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Pública de Navarra. E-Mail: alejandro.torres @unavarra.es

SUMARIO:—1. Introducción.—2. Los modelos constitucionales de reconocimiento de la libertad religiosa en España y Portugal: 2.1. El desarrollo de los acontecimientos en Portugal; 2.2. El desarrollo de los acontecimientos en España.—3. La tensión entre derecho común y derecho especial: 3. 1. La fórmula española; 3.2. La fórmula portuguesa.—4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Acostumbrados a mirar hacia otros ordenamientos jurídicos europeos, fascinados por lo que pueda haber del otro lado de los Pirineos, como si fuéramos reos de atávicos sentimientos irracionales, con frecuencia olvidamos que hay ordenamientos jurídicos como el portugués, tan próximo geográficamente como desconocido en muchos aspectos para nosotros, del que podemos aprender mucho².

Y es que Portugal es un país con una rica historia, que presenta en ocasiones asombrosos paralelismos con España. Experimentó una fecunda convivencia de diversas religiones, etnias y culturas en la Edad Media, y fue asimismo testigo de la intolerancia religiosa, que alcanza su punto culminante en episodios tales como la expulsión de

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación: «Instrumentos jurídicos de integración de la diversidad». DER2009-06965. (Subprograma JURI). Con el patrocinio de la Dirección de Política Científica del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco. Grupo consolidado del Sistema Universitario del País Vasco IT509-10.

² Un análisis del modelo portugués puede verse en TORRES GUTIÉRREZ A., *El derecho de libertad religiosa en Portugal*, Dykinson, Madrid, 2010.

los judíos o la Inquisición, elementos que convulsionaron la lucha por la libertad de conciencia en ambos países. Asimismo Portugal acumuló un impresionante Imperio colonial, a cuya formación con métodos más humanitarios contribuyó sin duda la Iglesia Católica, a partir de la aportación humanista de personalidades como el Padre António Vieira, que juega un papel análogo al que previamente desempeñara Fray Bartolomé de las Casas respecto al Imperio español.

Los paralelismos no se detienen aquí. El siglo XVIII es testigo del influjo de las doctrinas de la Ilustración en ambos países, y de la expulsión de los jesuitas, obra y gracia de dos nobles, un Marqués en Portugal, el de Pombal, y un Conde en España, el de Aranda. Ambos con experiencia diplomática, el primero en Viena, (donde José II adoptará también idéntica decisión), y el segundo en Lisboa.

El liberalismo del siglo XIX deja su huella en los dos países, pues con él se abole la Inquisición, se relaja la presión de la censura, y se disuelven las órdenes religiosas. Hasta los problemas dinásticos son semejantes en ambas coronas, traducándose en los delicados dilemas del *miguelismo* portugués y el *carlismo* español, con las respectivas trifulcas sucesorias de dos tíos con dos sobrinas, Don Miguel y María II en Portugal, y Don Carlos e Isabel II en España, que se zanján en ambos casos con la derrota de los sectores más conservadores, y con sendos Concordatos con la Santa Sede, el portugués de 1848 y el español de 1851, que garantizan la posición predominante de la Iglesia Católica, a cambio del reconocimiento de la legitimidad de dos jóvenes reinas, que han accedido precipitadamente al poder, y cuyos derechos sucesorios se encuentran en entredicho.

El siglo XX será asimismo testigo de tres grandes acontecimientos en los dos países que marcarán la evolución de la libertad de conciencia:

1) El primero de ellos es el abrupto intento por secularizar la sociedad y las relaciones Iglesia-Estado, en que Portugal es pionero mediante la Ley de Separación de 1911, (fuertemente influida por la Ley de Separación francesa de 1905), fruto de la proclamación de la I República, que guarda interesantes semejanzas con la legislación de la II República Española de 1931 a 1939.

2) El segundo hecho, de connotaciones traumáticas, es la implantación de sendos regímenes dictatoriales, de *dilatada* trayectoria, que dejan al margen del concierto de los Estados democráticos a la

Península Ibérica, durante medio siglo XX, el de Salazar en Portugal, y el del General Franco en España.

Ambos regímenes buscarán con ahínco una entente con la Iglesia Católica, que se traducirá respectivamente en el Concordato portugués de 1940 y el español de 1953. En el ocaso de las dos dictaduras serán aprobadas sendas leyes de —*limitada*— libertad religiosa, la española de 1967 y la portuguesa de 1971, que realmente constituyen más una legislación de *tolerancia* religiosa, que de verdadera *libertad* religiosa, pero que al menos configuran un marco legal mínimo útil de cara al reconocimiento de personalidad jurídica de las confesiones religiosas minoritarias, con lo que no dejan de ser dos pequeños pasos adelante, que en cualquier caso pronto se mostrarán como insuficientes.

Tras dichas etapas de dilatada Dictadura en ambos países, el final de las mismas se precipitará de forma casi sincronizada, a raíz de la Revolución de los Claveles en Portugal en 1974, y del fallecimiento por muerte natural del General Franco en 1975, iniciándose unos procesos de transición a la democracia, que no es exagerado calificar en ambos casos como verdaderamente *modélicos*, y que culminan con la promulgación de dos Constituciones democráticas, la portuguesa de 1976 y la española de 1978, que contribuirán a dotar a los dos países de un avanzado régimen de libertades, y una estabilidad política y económica, tan *añorada* como *merecida* en términos históricos, que desemboca en el ingreso en lo que actualmente es la Unión Europea, el 1 de enero de 1986.

2. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA Y PORTUGAL

2.1. El desarrollo de los acontecimientos en Portugal

Los dos países procederán a una redefinición de sus modelos de relaciones Iglesia-Estado a raíz de la implantación de la democracia, ante la insostenibilidad de un sistema monista de utilidad de corte confesional, que a finales del siglo XX aparecían como soluciones caducas.

A raíz de la Revolución de los Claveles de 1974, se promulga la nueva Constitución democrática el 2 de abril de 1976, la sexta de la historia del constitucionalismo portugués, (tras las de 1822, 1826,

1838, 1911 y 1933), y por lo tanto la tercera del siglo xx. La Constitución de 1976, tras sucesivas reformas se encuentra aún en vigor, sirviendo como un marco estable de consolidación del sistema democrático, y convivirá con el Concordato de 1940, (con la única modificación de 1975, mediante el Acuerdo de 15 de febrero de 1975³, en virtud de la cual se cambia el sentido del artículo XXIV del Concordato, que impedía a los católicos acceder al divorcio⁴), durante casi tres décadas, y eso pese a ser *hijo de su tiempo*, un *tiempo* que por cierto poco o nada tenía que ver con el nuevo contexto histórico y el espíritu jurídico de la Constitución de 1976.

Algo semejante ocurrirá con la Ley 4/1971, de Libertad Religiosa, (*pariente cercana* de la Ley española de 1967), que no será expresamente derogada hasta la entrada en vigor del artículo 62 de la Ley 16/2001, pese a que con la Constitución de 1976, muchas de sus disposiciones incurrieron en inconstitucionalidad sobrevenida, o se hubieran convertido en redundantes o innecesarias, frente a disposiciones ulteriores o frente al propio texto constitucional⁵, a modo de *ruinas* de un *viejo castillo*, ya demolido, el Estado confesional de Salazar.

La Constitución portuguesa de 1976 viene a reconocer el derecho de libertad religiosa, a todos los ciudadanos, con independencia de su credo, sin que quepan discriminaciones por motivos religiosos. En este sentido constituye una superación de los tres estadios inmediatamente anteriores: la unión con la Iglesia Católica que caracterizó a la Monarquía, el laicismo republicano y el trato preferencial dispensado a la Iglesia Católica durante la Dictadura⁶, de forma que a dife-

³ *Acta Apostolica Sedis* 67, 1975, pp. 435-436. *Diário do Governo*, I.^a serie, n.º 79, de 4 de abril de 1975.

⁴ Por el mero hecho de celebrar el matrimonio canónico, los cónyuges asumían frente a la Iglesia su obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y en particular, el respeto de sus propiedades esenciales. Reafirmando la Iglesia Católica su doctrina sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y recordando a los contrayentes del matrimonio canónico el deber que les incumbe de no hacer valer su facultad civil de solicitar el divorcio. COSTA E SILVA, P., *A jurisdição nas relações entre Portugal e a Santa Sé. (Os regulamentos (CE) N. 1347/2000 e N. 2201/2003 e a Concordata*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 16.

⁵ TELES PEREIRA, J. A., «A liberdade religiosa e as relações Igreja-Estado em Portugal nos anos noventa», en *Revista do Ministério Público*, n.º 65, enero-marzo de 1996, Lisboa, 1996, p. 79.

⁶ MIRANDA, J. «A liberdade religiosa em Portugal e o anteproyecto de 1997», en *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo II, 1998, p. 7.

rencia de lo que ocurría en esa última época, la cuestión religiosa deja de ubicarse dentro de la Constitución en el plano concerniente a la adjetivación y caracterización del Estado, para pasar al campo de los derechos fundamentales⁷. Llama la atención un silencio significativo, que es la no mención a la religión católica como tradicional o mayoritaria en el país, en el texto constitucional portugués de 1976, por lo que sin olvidar la realidad sociológica, se deja la puerta abierta a un tratamiento más igualitario de las confesiones religiosas, y a una más intensa realización del principio de neutralidad del Estado⁸.

La Constitución de 1976 tiene como principales hitos el reconocimiento de:

- 1) En el artículo 13 establece el principio de igualdad y no discriminación por razón de religión.
- 2) La libertad de conciencia, religión y culto, como proyección —y en cierto modo exigencia— del reconocimiento de la propia dignidad humana⁹, en los siguientes términos, conforme al artículo 41:
 - a) Tales derechos son inviolables.
 - b) Nadie podrá ser perseguido, privado de sus derechos, eximido de sus deberes u obligaciones civiles, por causa de sus convicciones o prácticas religiosas.

⁷ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, Coimbra, 1992, 5.^a edición, p. 498. TELES PEREIRA, J. A., «A liberdade religiosa e as relações Igreja-Estado em Portugal nos anos noventa», en *Revista do Ministerio Público*, n.º 65, enero-marzo de 1996, Lisboa, 1996, p. 78.

⁸ MENDES MACHADO, J. E., *O regime concordatário entre «Libertas Ecclesiae» e a Liberdade Religiosa. Liberdade de Religião ou Liberdade da Igreja?* Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 42.

⁹ La conciencia no deja de ser la expresión más elevada de la dignidad humana, del hombre en cuanto persona, un ser dotado de razón, con su propia unicidad e irrepetibilidad, y llama particularmente la atención que todos los ordenamientos jurídicos que reconocen la dignidad de la persona, contemplan también la atribución del derecho a la libertad de conciencia. FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, M. G., «Liberdade de consciência e liberdade religiosas», en *Direito e Justiça*, vol. XI, tomo II, 1997, p. 75. Un estudio muy interesante del concepto de dignidad de la persona desde la perspectiva del cristianismo, lo encontramos en: LOUREIRO, J. C., «Pessoa, dignidade e cristianismo», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Volume I. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica. 90. Ad honorem-3*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 669-723.

- c) Nadie podrá ser interpelado por ninguna autoridad sobre sus creencias religiosas, salvo por motivos estadísticos, que no podrán individualizar tales datos, sin que puedan los ciudadanos ser perjudicados por negarse a contestar¹⁰.
- d) Las Iglesias y confesiones religiosas estarán separadas del Estado, siendo libres para la organización y el ejercicio de sus propias ceremonias de culto.
- e) Se reconoce la libertad de enseñanza y religión, y del uso de los propios medios de comunicación pública para el desarrollo de sus propias actividades, lo cual incluye tanto a la prensa escrita, como la radio y la televisión¹¹.
- f) Reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en conformidad con las disposiciones legales.

El artículo 41 contiene en realidad la constitucionalización de tres derechos, que se estructuran en torno a una relación de género a especie, a saber: la libertad de conciencia, de religión y de culto¹²:

- a) La libertad de conciencia queda configurada como la libertad de opción, de convicciones, de valores, en suma, de los patrones de valoración ética o moral de la conducta propia o ajena.
- b) La libertad de religión, que sería una concreción particular de lo anterior, e incluiría el derecho a adoptar, o no, una religión,

¹⁰ Esta redacción se incluye en la revisión constitucional de 1982, retomando la tradición previa en este sentido de las Constituciones de 1911 y 1933. PULIDO ADRAGÃO, P., *A liberdade religiosa e o Estado*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 366-367.

En directa conexión con ello, el artículo 35, apartado 3, de la Constitución portuguesa, indica que: *La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referidos a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa, vida privada y origen étnico, salvo mediante consentimiento expreso del titular, autorización prevista en la Ley con garantías de no discriminación, o para el procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.*

¹¹ Añadiendo el artículo 38, apartado 2, letra a), de la Constitución portuguesa: *La Libertad de expresión y creación de periodistas y colaboradores, así como la intervención de los primeros en la orientación editorial de los respectivos órganos de comunicación social, salvo cuando tuvieran naturaleza doctrinaria o confesional.*

¹² GOMES CANOTILHO, J. J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4.^a edición, p. 609.

escoger una religión determinada, hacer proselitismo en uno u otro sentido, y no ser perjudicado por ninguna posición o actitud, religiosa o antirreligiosa.

- c) La libertad de culto, que a su vez sería una especie dentro de la libertad religiosa, y que abarcaría tanto el derecho individual como el colectivo, a practicar los actos externos de veneración, propios de una determinada religión.

3) El derecho a la libertad de cátedra y enseñanza, sin que el Estado pueda reservarse el derecho a establecer una educación conforme a unas concretas directrices filosóficas, políticas, ideológicas o religiosas. La educación pública será aconfesional, salvaguardándose en todo caso el derecho a establecer escuelas privadas¹³.

4) Derecho a fundar una familia, al matrimonio y al divorcio, sin distinción de la forma en que el matrimonio se contrajo¹⁴.

La libertad de conciencia y religiosa reconocida en términos tan amplios en el artículo 41 de la Constitución portuguesa, se encuentra asimismo reforzada por las siguientes previsiones constitucionales:

1) La garantía del derecho a la intimidad de la vida privada y familiar, y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación, protegiéndose legalmente a los ciudadanos contra la obtención y la utilización abusivas, o contrarias a la dignidad humana, de informaciones relativas a personas y familias¹⁵.

¹³ Artículo 43 de la Constitución portuguesa.

¹⁴ Artículo 36 de la Constitución portuguesa.

¹⁵ Artículo 26 de la Constitución portuguesa:

1. *Se reconocen a todos, los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, la palabra, el respeto a la intimidad de la vida privada y familiar, y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación.*

2. *La Ley establecerá garantías efectivas contra la obtención y la utilización abusivas, o contrarias a la dignidad humana, de informaciones relativas a personas y familias.*

3. *La Ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, en particular en la creación, desenvolvimiento y utilización de tecnologías, y en la experimentación científica.*

4. *La privación de la ciudadanía y las restricciones de la capacidad civil sólo pueden efectuarse en los casos y en los términos previstos en la Ley, no pudiendo tener como fundamento motivos políticos.*

2) El reconocimiento de la diversidad de formas de celebración del matrimonio, garantizándose el respeto de las creencias y convicciones de los contrayentes¹⁶.

3) La atribución a los padres del derecho y el deber de educar a sus hijos, lo que indudablemente incluye la educación religiosa y moral de los mismos¹⁷.

4) El derecho a la libertad de información y expresión, la prohibición de la censura¹⁸, y el reconocimiento del derecho de réplica y rectificación¹⁹, la libertad de imprenta y de medios de comunicación social²⁰, y el derecho de acceso a los medios de comunicación reconocido a los partidos políticos y las organizaciones sindicales, profesionales y representativas de las actividades económicas, así como otras organizaciones sociales de ámbito nacional, de acuerdo con su relevancia y representatividad, y según criterios objetivos²¹.

¹⁶ Artículo 36, apartado 2, de la Constitución portuguesa: *La Ley regula los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración.*

¹⁷ Artículo 36, apartado 5, de la Constitución portuguesa.

¹⁸ Esto no es óbice para la existencia de organismos que informan a la opinión pública sobre la *clasificación* de los espectáculos teatrales o cinematográficos, como por ejemplo la *Comisión pública sobre espectáculos*, de la Región Autónoma de Madeira, regulada por Decreto Regional 1/1978/M, aprobado el 13 de diciembre de 1977, en cuyo artículo 3, apartado 2, letra e), se prevé la presencia de un representante de la Iglesia Católica, (no así de ninguna otra confesión religiosa), a la cual se venía a atribuir la competencia de clasificación de filmes *para maiores de 18 anos*, (artículo 8 del Decreto Regional 1/1978/M).

¹⁹ Artículo 37 de la Constitución portuguesa:

1. *Todos tienen derecho a expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, la imagen o por cualquier otro medio, así como el derecho a informar, y ser informados, sin impedimentos ni discriminaciones.*

2. *El ejercicio de estos derechos no puede ser impedido o limitado por cualquier tipo o forma de censura.*

3. *Las infracciones cometidas en el ejercicio de estos derechos quedan sometidas a los principios generales del derecho criminal o del ilícito de mera ordenación social, siendo su apreciación respectivamente de competencia de los tribunales de justicia o de una entidad administrativa independiente, en los términos de la Ley.*

4. *Se garantiza a todas las personas, singulares o colectivas, en condiciones de igualdad y eficacia, el derecho de réplica y rectificación, así como el derecho de indemnización, por los daños sufridos.*

²⁰ Artículos 38 y 39 de la Constitución portuguesa.

²¹ Artículo 40 de la Constitución portuguesa.

5) La libertad de creación cultural²².

6) El derecho a la libertad de enseñanza²³, por lo que el Estado no puede programar la educación y la cultura conforme a cualesquiera directrices filosóficas, estéticas, políticas ideológicas o religiosas²⁴, la enseñanza pública no será confesional²⁵, no pudiendo el Estado orientarla según los principios de cualquier religión, aunque ello no supone tampoco un desconocimiento del fenómeno religioso, ni la prohibición de la enseñanza de la religión de las diversas confesiones religiosas, en condiciones de igualdad y libertad, en las escuelas públicas, garantizándose el derecho de creación de escuelas particulares y cooperativas²⁶. Sin embargo, la lectura hecha por el Tribunal Constitucional del carácter aconfesional ha sido cuando menos *sui generis*, quedando diluido en su jurisprudencia, de modo que como señala GOMES CANOTILHO, los jueces de la mayoría se arrogan, sin título legítimo el derecho a revisar la Constitución, transformando algunos de sus principios, en sus contrarios²⁷.

7) Con el fin de evitar eventuales interferencias:

a) Los partidos políticos no pueden, sin perjuicio de la filosofía o ideología inspiradora de su programa, usar denominación que contenga expresiones directamente relacionadas con cualesquiera religiones o iglesias, así como emblemas confundibles con símbolos nacionales o religiosos²⁸, y ello sin perjuicio de cuál pueda ser su filosofía o la ideología inspiradora de su pro-

²² Artículo 42 de la Constitución:

1. *La creación intelectual, cultural y científica es libre.*

2. *Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción, y divulgación de la obra científica, literaria o artística, incluida la protección legal de los derechos de autor.*

²³ Artículo 43, apartado 1, de la Constitución portuguesa.

²⁴ Artículo 43, apartado 2, de la Constitución portuguesa.

²⁵ Artículo 43, apartado 3, de la Constitución portuguesa.

²⁶ Artículo 43, apartado 4, de la Constitución portuguesa.

²⁷ GOMES CANOTILHO, J. J., «Sobre o problema da colaboração do Estado com os pais na educação religiosa dos filhos», en: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, año 126, n.ºs 3.832 a 3.834, noviembre-diciembre-enero de 1994, Coimbra, 1995, p. 271.

²⁸ Artículo 51, apartado 3, de la Constitución portuguesa.

Tampoco pueden constituirse partidos que, por su designación o por sus objetivos programáticos, tengan índole o ámbito regional, (artículo 51, apartado 4, de la Constitución portuguesa).

grama²⁹. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en un asunto vinculado con todo esto³⁰, en su Sentencia 107/1995, de 23 de febrero, a raíz del caso de la constitución del *Partido Social Cristão*, PSC, cuyos símbolos eran un pez de color blanco, sobre un fondo azul, un partido *de inspiración cristiana*, y cuyo objeto estatutario sería conforme al artículo 1.1 de sus Estatutos, la promoción y la defensa, de acuerdo con el programa del partido, de la democracia política, social, económica y cultural, inspirada en los valores del Estado de Derecho, y en los principios éticos, sociales y democráticos de la *doctrina cristiana*³¹. El Tribunal Constitucional rechazó la pretensión de este partido respecto a su denominación, siglas y símbolo elegido³².

- b) Las asociaciones sindicales son independientes del patronato del Estado, de las confesiones religiosas, de los partidos y de otras asociaciones políticas, debiendo la Ley establecer las garantías adecuadas de esa independencia, fundamento de unidad de las clases trabajadores³³.

²⁹ MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *A Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 448.

³⁰ MENDES MACHADO, J. E., *A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*. En: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 120 y ss.

³¹ *O Partido Social Cristão, (PSC), de inspiração cristã, tem por finalidade a promoção e defesa, de acordo com o Programa do Partido, da democracia política, social, económica e cultural, inspirada nos valores do Estado de Direito e nos princípios éticos, sociais e democráticos da doutrina cristã*. TELES PEREIRA, J. A. «A liberdade religiosa e as relações Igreja-Estado em Portugal nos anos noventa», en *Revista do Ministério Público*, n.º 65, enero-marzo de 1996, Lisboa, 1996, p. 80.

³² Desde un punto de vista doctrinal se ha criticado a este planteamiento que: 1) Parece olvidar el papel que el discurso religioso tuvo en el desarrollo de los principios básicos del estado constitucional. 2) Que las propias doctrinas religiosas pretenden tener implicaciones en el mundo real, en campos como la protección de la familia, la infancia, la juventud, y la lucha contra la pobreza. 3) Se postergaría a la religión al ámbito de la esfera privada. 4) Además de este modo parece sugerirse que la admisión de partidos políticos con una connotación religiosa, parece constituir una amenaza al Estado democrático. 5) Con su prohibición se dejaría expedito el camino para que eventuales concepciones ideológicas antirreligiosas se alcen con la posibilidad de introducir cosmovisiones hostiles al fenómeno religioso. MENDES MACHADO, J. E., «A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 122 a 124.

³³ Artículo 55, apartado 4, de la Constitución portuguesa.

El derecho a la libertad de conciencia y de religión se encuentra reconocido con tal intensidad en la Constitución portuguesa, que:

1) Es uno de los derechos que no son susceptibles de suspensión en los supuestos de declaración de estado de sitio³⁴.

2) Se contempla una reserva de competencia exclusiva a favor de la Asamblea de la República, para legislar en esta materia, salvo autorización expresa en el Gobierno³⁵.

3) El principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas es considerado como uno de los límites materiales a la revisión constitucional, junto con los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos³⁶.

Llama la atención el que las revisiones constitucionales de 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y 2005 no hayan tenido necesidad de modificar ninguno de los aspectos sustanciales de la regulación de la cuestión religiosa, una materia que por otra parte *tantos* y *tan radicales* cambios experimentó en los tres primeros cuartos del siglo XX.

Cabría preguntarse por las razones para esta sustancial evolución del planteamiento constitucional sobre la libertad religiosa y de conciencia, a tal efecto MIRANDA ha señalado las siguientes³⁷:

1) La superación de los planteamientos laicistas radicales que inspiraron la legislación de la I República en esta materia.

³⁴ La declaración del estado de sitio o del estado de emergencia, en ningún caso podrá afectar a los derechos a la vida y a la ciudadanía, y no retroactividad de la Ley criminal, o del derecho de defensa de los acusados, y la libertad de conciencia y de religión. Artículo 19.6 de la Constitución portuguesa. Esta cláusula se introduce en el entonces artículo 19, párrafo 4, con motivo de la primera revisión constitucional de 1982, y que pasa al párrafo 6, tras la segunda revisión constitucional de 1989. PULIDO ADRAGÃO, P. *A liberdade religiosa e o Estado*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 366 y 368.

³⁵ Artículo 165, apartado 1, letra b) de la Constitución portuguesa.

³⁶ Apartado c) y d) del artículo 288 de la Constitución portuguesa.

³⁷ MIRANDA, J., «A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997», en *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo II, 1998, pp. 7 y 8. MIRANDA, J., «A Constituição e a Concordata: Brevíssima nota», en *Estudos sobre a nova Concordata. Santa Sé-República Portuguesa. Lusitania Canónica*, n.º 11, serie A, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006, p. 103.

2) La propia evolución de la doctrina de la Iglesia Católica a raíz del Concilio Vaticano II, y la declaración *Dignitatis Humanae*, sobre la libertad religiosa³⁸.

3) El creciente pluralismo político de los propios católicos portugueses.

4) La mayor penetración de las confesiones religiosas no católicas en la sociedad portuguesa debido a los movimientos migratorios experimentados por la misma.

5) La apertura europea que ha vivido el país, que hace impensable un paso hacia atrás en este punto.

6) La necesidad de dotar de una coherencia interna al Estado democrático, pues esta cuestión se encuentra directamente vinculada con el meollo esencial del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos a todos los ciudadanos.

A diferencia de lo que ocurrió con las Constituciones de 1822, 1826, 1838 y 1933, (o de lo que sucede en el artículo 16.3 de la española de 1978), no se introduce ninguna mención expresa a la Iglesia Católica, o a ninguna otra confesión religiosa, pero simultáneamente huye de eventuales veleidades anticlericales como ocurriera con la Constitución de 1911³⁹. Esta solución que busca adoptar una posición de exquisito equilibrio por parte del Estado frente al fenómeno religioso, ha contribuido sin duda a una más satisfactoria regulación del derecho a la libertad de conciencia, que en los textos constitucionales anteriormente citados.

2.2. El desarrollo de los acontecimientos en España

Al igual que ocurre en Portugal, la insostenibilidad de un sistema confesional de relaciones Iglesia-Estado, obliga a una redefinición de las relaciones entre ambos, buscando un equilibrio logrado a base de

³⁸ DA COSTA SEABRA, J. M. F., «Liberdade religiosa e Concordata. (Artigos II, XVI y XIX)», en *A Concordata de 1940 Portugal-Santa Sé*, Dikastalia, Lisboa, 1993, pp. 85-115.

³⁹ CANAS, V., *Estado e Iglesia en Portugal*, en ROBBERS, G. (ed.). *Estado e Iglesia en la Unión Europea*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden - Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1996, p. 279.

consenso, en el que la vigente Constitución Española de 1978 se asentará sobre dos grandes pilares⁴⁰:

- a) Respecto a los individuos, conforme al artículo 16.1 de la Constitución, se establece que gozarán de plena de libertad a la hora de ejercer el derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del *orden público* protegido por la Ley. Además por aplicación del artículo 14 de la Constitución los españoles son iguales ante la Ley en este punto, de manera que no cabe discriminación por motivos religiosos. Obsérvese que la redacción literal del artículo 14 CE es contundente, al afirmar que *los españoles —todos— son iguales ante la Ley*.
- b) Respecto al Estado, se afirmará en el artículo 16.3 de la Constitución que el Estado no es confesional, o para ser más exactos, se afirma que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*.

Obsérvese que la Constitución dice muy claro que *ninguna* confesión tendrá carácter estatal, pudiera haber dicho perfectamente que una única confesión —por ejemplo la Católica—, tendría carácter estatal, o que sólo 2, 3 ó 4. Pero sin embargo dijo muy claro que *ninguna* gozaría de tal carácter. El término castellano *ninguna*, es por lo tanto suficientemente tajante para no dar entrada a *excepciones*, algo que el ulterior desarrollo de los acontecimientos, especialmente el denominado sistema de *acuerdos*, se encargará de *desmentir*, o por lo menos, *matizar*.

Con la fórmula utilizada⁴¹ quería dejarse atrás el modelo Español confesional, con una confesionalidad doctrinal, o al menos sociológica con tendencias más o menos acusadas hacia la intolerancia. Se trataba de un modelo caracterizado por realizar una valoración

⁴⁰ TORRES GUTIÉRREZ, A. y LETURIA NAVAROA, A., «Relaciones Iglesia-Estado en España: Estudio legal y jurisprudencial», en: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIV, Coimbra, 2008, pp. 423-505.

⁴¹ LLAMAZARES sostiene que la formulación no es demasiado afortunada, y que obedece a la reproducción del art. 137.1 de la Constitución de Weimar (1917) relativa a un contexto distinto de pluriconfesionalidad. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, volumen I, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 356.

estatal positiva de las creencias religiosas consideradas como oficiales, las católicas, y el Estado fundamentaba sus decisiones políticas sobre fundamentos religiosos, al tiempo que intervenía en asuntos religiosos.⁴² Del artículo 16.3 de la Constitución de 1978 se desprende que el Estado español ante el fenómeno religioso se puede calificar como *aconfesional*, (así lo han hecho algunos), o como *laico*, con una *laicidad positiva*, fórmula que ha tardado tiempo en generalizarse⁴³.

La laicidad, coincidiendo la doctrina y el Tribunal Constitucional, se caracteriza por las notas de *neutralidad* y *separación*⁴⁴:

1) La *neutralidad* implica imparcialidad del Estado respecto a las convicciones de sus ciudadanos, religiosas o no. Se parte de la consideración de que sólo esta actitud garantiza el respeto y el desarrollo de la libertad de conciencia de los ciudadanos en plano de igualdad. La neutralidad está íntimamente relacionada con los valores de pluralismo, y libertad en la igualdad, o justicia. Ahora bien, la neutralidad no implica indiferencia. En un Estado social, los poderes públicos están obligados a tomar medidas para hacer efectiva la libertad religiosa de sus ciudadanos, sin que ello ponga en peligro la igualdad entre ellos ni la propia laicidad del Estado⁴⁵.

2) La *separación* Estado-confesiones religiosas significa que el Estado debe ser independiente; en el caso del Estado español, separación del Estado respecto de la Iglesia católica. El Estado laico no

⁴² Para analizar con profundidad la libertad de conciencia y los modelos de Estado en la historia de occidente, vide., LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, volumen I, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 59 y ss.

⁴³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, volumen I, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 357. LLAMAZARES sostiene que la opción por el término de laicidad se vio apartada por considerarse que podría confundirse con el término *laicismo*, así como la existencia de apego y nostalgia por una situación de confesionalidad que debía superarse. El propio Tribunal Constitucional español ha evitado, según este autor de modo intencionado, la utilización del término *laico*, calificándolo como *no confesional*.

⁴⁴ CASTRO JOVER, A., «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, Iustel, n.º 3, octubre 2003, p. 6.

⁴⁵ Sobre la idea de neutralidad en la Jurisprudencia del TEDH puede verse: CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011.

puede fundamentar sus decisiones sobre la base de motivos religiosos; el Estado no podrá intervenir en los asuntos internos de las confesiones religiosas, las cuales serán autónomas en su ámbito; las entidades religiosas, a su vez no formarán parte del aparato del Estado, ni se equiparán a entidades públicas, como establecerá con indudable acierto la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993.

La idea de *laicidad*, consustancial al Estado *laico*, no puede confundirse con el *laicismo*, (nota a su vez característica de los estados *laicistas*, los cuales no se pueden confundir con los Estados laicos), y esto es así porque en la *laicidad* convergen dos ideas: la *neutralidad* y la de *separación*, como acabamos de ver, mientras que en el *laicismo* es detectable sólo la segunda, y no la primera.

3. LA TENSIÓN ENTRE DERECHO **COMÚN** Y DERECHO **ESPECIAL**

3.1. La fórmula *española*

Tanto en España como en Portugal, la llegada de la democracia supondrá, desde un punto de vista *jurídico*, el desmantelamiento, (al menos *formal*), del Estado confesional, para instaurar un modelo pluralista *laico*, de separación Iglesia-Estado. Sin embargo los cauces a seguir no serán los mismos.

En España se promulgan inmediatamente los Acuerdos de Cooperación con la Iglesia Católica de 1979, que sustituyen al Concordato de 1953, (tan *inmediatamente* que en realidad sólo son *formalmente* post-constitucionales, pues su proceso de negociación se solapa con el de elaboración de la Constitución), así como una nueva Ley de Libertad Religiosa, (la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), que dejará abierta la puerta a los Acuerdos de 1992, con las Confesiones religiosas minoritarias, concretamente con evangélicos⁴⁶, judíos⁴⁷ y musulmanes⁴⁸, que eran las únicas confesiones que en esos momentos ha-

⁴⁶ Ley 24/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

⁴⁷ Ley 25/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

⁴⁸ Ley 26/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

bían conseguido la declaración de *notorio arraigo*⁴⁹, (requisito al que se supeditaba la eventual firma de un Acuerdo en la Ley Orgánica 7/1980) y a las que después de casi tres décadas de vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, sólo se han unido en la concesión de dicho reconocimiento, otras cuatro, los mormones, Testigos de Jehová, budistas y ortodoxos.

Esta situación ha dado lugar a una neta diferenciación en España entre aquellas confesiones que poseen un acuerdo de cooperación con el Estado, tras haber obtenido previamente la declaración de *notorio arraigo*, y las que carecen del mismo, que de este modo ven imposibilitado su acceso a las numerosas bonificaciones fiscales de las anteriores, y a las que el Estado no reconoce su forma de contraer matrimonio, (aunque el requisito de la necesidad de suscribir un Acuerdo de Cooperación con el Estado no viene de hecho exigido por el Código Civil, que habla sólo en su artículo 49, de *la forma religiosa legalmente prevista*, sin especificar que dicha *forma religiosa* tenga que preverse en un *Acuerdo de Cooperación*), encontrándose con dificultades adicionales a la hora de acceder al sistema educativo o a la asistencia religiosa en centros públicos.

Pese a la contundente definición del principio de igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución Española, cabe preguntarse si no se dan en la práctica auténticas discriminaciones desde el momento en que determinadas confesiones religiosas gozan de marcos estatutarios privilegiados, nacidos de un Acuerdo con el Estado español, como ocurre con los católicos⁵⁰, y en mucho menor medida, con los evangélicos, judíos y musulmanes, acuerdos a los que no han accedido el resto de confesiones religiosas⁵¹.

⁴⁹ Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio: *El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por ley de las Cortes Generales.*

⁵⁰ Acuerdos de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, Asuntos Económicos, Enseñanza y Asuntos Culturales y Asistencia Religiosa a la Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

⁵¹ SOUTO PAZ, J. A., *Relevancia jurídica de las minorías religiosas*, en DE LUCAS MARTÍN, J. (Coord.) *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 137.

Los Acuerdos de 1979 entre el Estado y la Iglesia Católica regulan una serie de materias que podemos *adjetivar* como *sensibles*:

- 1) La asistencia religiosa en centros públicos: instalaciones militares, hospitales y prisiones.
- 2) La cooperación económica del Estado con la Iglesia Católica⁵²:
 - a) La llamada asignación tributaria en el I.R.P.F.
 - b) Los beneficios fiscales a la Iglesia Católica.
- 3) Los asuntos educativos y la enseñanza religiosa.
- 4) Ciertas cuestiones jurídicas, especialmente las relativas al reconocimiento de sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos en causas matrimoniales.

Los Acuerdos con la Iglesia Católica presentan cuatro grandes peculiaridades⁵³:

- 1) A diferencia de lo que ocurre con los de 1992 firmados con las confesiones religiosas minoritarias, se *asimilan* a Tratados Internacionales, lo cual implica que su régimen de modificación, derogación y suspensión, es el previsto para los Tratados Internacionales en el artículo 96 de la Constitución. Formalmente hay otra diferencia, (las formas son por cierto también muy importantes en Derecho), y es que mientras que los Acuerdos de 1979 fueron firmados por el Jefe del Estado, los Acuerdos de 1992, lo fueron únicamente por el Ministro de Justicia.
- 2) Su interpretación se hará de forma conjunta por el Estado y la Iglesia Católica, pues recogen el principio de bilateralidad. Ello supone un serio recorte de la autonomía del Estado, a la hora de abordar sus relaciones jurídicas con la Iglesia Católica.

⁵² Sobre este tema pueden consultarse: Desde una perspectiva histórica: TORRES GUTIÉRREZ, A., *Iglesia y Fisco en la Historia de España*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M. Madrid, 2000, 622 páginas. Respecto al derecho vigente en España: TORRES GUTIÉRREZ, A., *Régimen Fiscal de las Confesiones Religiosas en España*, Editorial Colex, Madrid, 2001, 312 páginas.

⁵³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*. Civitas, Madrid, 2002, pp. 341-343.

3) Por otro lado la Iglesia no ha reconocido un tribunal superior que pueda juzgarla, como por ejemplo el Tribunal Internacional de Justicia, en una tradición que procede desde la Edad Media.

Esto plantea una situación insólita, imaginemos qué ocurriría si dos sujetos firmasen por ejemplo un contrato de arrendamiento, y una de las partes, el arrendador o el arrendatario decidiera unilateralmente que no va a reconocer a ningún tribunal el poder conocer en las eventuales disputas que se puedan suscitar durante la vida del contrato.

4) Son sólo *formalmente* postconstitucionales. La Constitución se sancionó por el Rey el día 27 de diciembre de 1978, y se publicó y entró en vigor el día 29. Pues bien, los Acuerdos con la Iglesia Católica llevan fecha de 3 de enero de 1979, resultando materialmente imposible el que la negociación pudiera cerrarse en tan sólo cinco días, de los cuales alguno era festivo.

El principal problema que plantea los Acuerdos de 1979 es que muchas de sus cláusulas no son susceptibles de interpretación alguna que sea conforme a la Constitución, y en otras ocasiones es precisamente la Iglesia Católica la que se opone a cualquier interpretación de los mismos que sea conforme a la Carta Magna, algo que es especialmente patente en el caso del Acuerdo de Asuntos Culturales en lo referido a la impartición de la enseñanza de la religión en condiciones *equiparables* al resto de las asignaturas curriculares, algo que choca con el principio de separación Iglesia-Estado, pues no se puede exigir a un Estado en que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*, que el adoctrinamiento religioso en un determinado dogma corra por cargo y cuenta del Estado, y que eventualmente pudiera llegar a tener repercusión en el expediente académico del alumno en circunstancias de competitividad de expedientes, algo que la legislación ordinaria descarta, como veremos más adelante.

En lo que respecta a los acuerdos, cabría cuestionarse seriamente la legitimidad de la previsión contenida en el apartado 1.º del artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, de establecer el tamiz de un *notorio arraigo* para que una confesión religiosa en función de su *ámbito y número de creyentes*, pueda suscribir un acuerdo de cooperación con el Estado, que le garantice el acceso a un estatuto particular, al que no podrán acceder las confesiones religiosas minoritarias que carecen de tal *notorio arraigo*.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que introduce un enorme riesgo de discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la Administración, y que incluso puede llegar a consolidar un modelo de Estado *pluriconfesional* por la vía de los hechos⁵⁴.

3.2. La fórmula *portuguesa*

En este sentido llama la atención cómo el modelo portugués, a pesar de su más lenta evolución legislativa durante el período democrático, ha sabido llegar a unas fórmulas legales mucho más integradoras. Efectivamente, a pesar de las muchas *sombras*, (por no cargar las tintas, dejémoslo sólo en *sombras*, aunque en realidad eran auténticos *nubarrones*), de inconstitucionalidad sobrevenida que pesaban sobre el Concordato portugués de 1940, el mismo mantuvo su vigencia formal en territorio metropolitano junto con la Constitución de 1976, durante un período de casi tres décadas, hasta su sustitución por el nuevo Concordato de 2004, (que resuelve buena parte de los principales problemas de inconstitucionalidad sobrevenida que planteaba el Concordato de 1940). Además el legislador portugués *se tomó su tiempo*, para promulgar una nueva Ley de Libertad Religiosa, al no hacerlo hasta el año 2001, es decir un cuarto de siglo después de promulgada la vigente Constitución democrática.

Con razón, FERLITO⁵⁵ ha puesto de manifiesto que uno de los grandes méritos de la reforma operada en la legislación en materia de libertad religiosa y de conciencia en el ordenamiento jurídico portugués, fue precisamente el anteponer la elaboración de una Ley general en materia de libertad religiosa, a la revisión del Concordato de 1940, o a la firma de cualquier eventual acuerdo de cooperación con las demás confesiones religiosas existentes en el país. Una reforma que se ha hecho *por onde se pode, logo que se possa*, es decir, *por donde se pueda, tan pronto como se pueda*⁵⁶, justo al contrario que lo

⁵⁴ Nótese que no hemos afirmado que por ello el modelo de Estado deba de ser calificado como *pluriconfesional*, nos hemos limitado a advertir del riesgo de la consolidación de esta nota, pero teniendo meridianamente claro que el Estado es laico, neutral y no confesional.

⁵⁵ FERLITO, S., «La legge portoghese di liberta religiosa», en *Il Diritto Ecclesiastico*, fasc. I, 2003, pp. 92-93.

⁵⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Liberdade religiosa. Proposta de Lei apresentada à Assembleia da República*. Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministerio da Justiça, Lisboa, 1999, p. 25.

que ocurrió en España o en Italia, donde la prioridad fue la renegociación de los Concordatos con la Santa Sede, y no la elaboración primero de un norma legal que pudiera servir de pauta como *derecho común*. Se adoptó una postura enormemente dialogante, no sólo con la Iglesia Católica, (no en vano el paso siguiente iba a ser la revisión del Concordato de 1940, algo que tendrá lugar en 2004), sino también con las confesiones religiosas minoritarias.

Entendemos que el resultado de la fórmula ensayada por la Ley de Libertad Religiosa portuguesa de 2001, es en muchos aspectos más avanzada técnicamente que la solución española o la italiana, dos países que presentan un gran paralelismo histórico con Portugal, al estar caracterizados por una prolongada trayectoria de confesionalidad católica, y relativamente reciente experiencia democrática.

La fórmula portuguesa atribuye un importante núcleo de derechos a todas las confesiones religiosas que han conseguido la declaración de *radicação* en el país. Una declaración que se consigue a partir del cumplimiento de una serie de requisitos de relativamente *fácil definición* y *clara concreción*, la presencia de 30 años en el país o durante 60 en el extranjero. Ello recorta sensiblemente el margen de apreciación discrecional de las autoridades administrativas, de forma que en Portugal han sido varias decenas de comunidades religiosas, (a día de hoy más de medio centenar, como veremos a continuación), las que han obtenido dicha declaración durante el corto período de vigencia de la Ley, mientras que en España, después de casi tres décadas, sólo han sido poco más de media docena, las confesiones que lo han conseguido.

Además, por la mera declaración de radicación en Portugal, y sin necesidad de suscribirse un acuerdo de cooperación con el Estado, las confesiones religiosas *radicadas* van a conseguir el acceso a significativos beneficios fiscales⁵⁷, y el Estado va a reconocer su forma religiosa de contraer matrimonio, entre otras muchas ventajas, como la posibilidad de ser miembros de la Comisión de Libertad Religiosa

⁵⁷ Incluso podrán solicitar el acceso al 0,5% de la Asignación Tributaria en el IRPF, algo que no deja de ser una particular forma de entender el principio de *separación* en Portugal, como diría la letra del famoso fado, al igual que una *casa portuguesa es una casa portuguesa, ...una separación a la portuguesa es una separación a la portuguesa*. Algo que a título de hipótesis prevé el artículo 27 del Concordato de 2004, a favor de la Iglesia Católica como tal, pero que no se ha puesto en práctica.

o la Comisión del Tiempo de Emisión en los medios de comunicación públicos, además de su elegibilidad para firmar Acuerdos de cooperación con el Estado.

Las diferencias entre el modelo español y el portugués comienzan a apreciarse en detalle si tenemos en cuenta la flexibilidad con la que la Comisión de Libertad Religiosa en Portugal ha concedido el reconocimiento de la *radicación* a las confesiones minoritarias que lo han solicitado, algo que escapa sin duda a la capacidad de previsión del *mejor* legislador, o del legislador más *optimista*, desde el momento en que las disposiciones legales pueden o no quedar en *letra muerta*, en función de quien sea quien tenga que aplicarlas.

De este modo nos encontramos con que en apenas siete años de puesta en marcha del sistema contemplado en la Ley de Libertad Religiosa de 2001, son más de medio centenar las confesiones religiosas minoritarias que, previo informe favorable de la Comisión de Libertad Religiosa, han obtenido la declaración de radicación en Portugal, a saber⁵⁸:

1) 1.º Mandato: 2004-2007: Aliança Evangélica Portuguesa, Comunidade Israelita de Lisboa, Comunidade Islâmica de Lisboa, Igreja Evangélica Assembleia de Deus-Viseu, União Portuguesa dos Adventistas do Sétimo Dia, Primeira Igreja Evangélica Baptista de Vila Nova de Gaia, Assembleia Espiritual Nacional dos Baha'is de Portugal, Assembleia de Deus Pentecostal ou Assembleia de Deus de Portalegre, Centro Cristão Vida Abundante, Igreja Evangélica Baptista de Viseu, Igreja Evangélica Baptista do Troviscal.

2) 2.º Mandato: 2007-2010: Igreja Assembleia de Deus Pentecostal de Benavente, Igreja Lusitana Católica Apostólica Evangélica, Assembleia de Deus Pentecostal ou Assembleia de Deus da Malveira, Primeira Igreja Evangélica Baptista de Matosinhos, Igreja Evangélica Baptista de Aveiro, Associação da Acção Bíblica em Portugal, Igreja Assembleia de Deus Pentecostal de Cantanhede, Assembleia de Deus Pentecostal de Benfica, Primeira Igreja Evangélica Baptista de Mem-Martins, Radha Krishna Mandir-Templo Hindu, Igreja Evangélica Baptista de Alfandanga, Terceira Igreja Evangélica Baptista do Porto, Terceira Igreja Evangélica Baptista de Lisboa, Igreja Evangé-

⁵⁸ Agradezco la información facilitada por el Prof. Saturino da Costa Gomes, Vocal de la Comisión de Libertad Religiosa de Portugal.

lica Baptista de Olhão, Igreja Evangélica Independente, Igreja Evangélica Baptista da Praia da Vitória, Missão Swaminarayan Hindu, Igreja Evangélica Pentecostal Assembleia de Deus da Covilhã, Igreja Anglicana de São Jorge e São Paulo, Igreja Evangélica de Algés, Igreja Evangélica Baptista de Leiria, Igreja Evangélica Baptista da Amadora, Exército de Salvação, Associação das Testemunhas de Jeová, Igreja Evangélica Baptista de S. Brás de Alportel, Igreja Evangélica Baptista de Vieira de Leiria, Igreja da Unificação, Assembleia de Deus Pentecostal do Porto, Igreja Cristã Maranata, Igreja Evangélica Assembleia de Deus Pentecostal de Muge, Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias em Portugal, União Budista Portuguesa, Igreja Evangélica Metodista Portuguesa, Igreja Evangélica Presbiteriana de Portugal, Igreja Metodista Wesleyana em Portugal, Assembleia de Deus da Amadora ou Assembleia de Deus Pentecostal, Igreja Evangélica Assembleia de Deus Pentecostal de Lisboa, Assembleia de Deus Pentecostal de Grândola, Igreja Evangélica Baptista de Cascais, Igreja Evangélica Baptista de Mangualde, Igreja Evangélica Assembleia de Deus de Leiria, Sekay Syusei Kyo de Portugal.

Además hay numerosos expedientes en tramitación. En muchos de los casos en que ya se ha obtenido la declaración de *radicação*, se trata de minúsculas comunidades, que por la mera constatación administrativa de los citados plazos, objetivamente fijados por el legislador, han visto acceder a todos los derechos que conlleva el estatuto de *confesión radicada*, muy especialmente, el reconocimiento de la forma religiosa de celebración del matrimonio por parte del Estado⁵⁹, la atribución de importantes beneficios fiscales⁶⁰, o el derecho a participar en la Comisión de Tiempos de Emisión en los medios de difusión públicos⁶¹ y en la de Libertad Religiosa⁶², así como la habilitación para la eventual firma de acuerdos de cooperación con el Estado⁶³, extremo este último que aún no ha acaecido con ninguna confesión *radicada* en Portugal.

Esta última afirmación debe ser en cierto modo matizada, a raíz de dos supuestos específicos que afectan al *Imamat Ismaili*:

⁵⁹ Artículo 19 de la Ley 16/2001.

⁶⁰ Artículos 32 y 65 de la Ley 16/2001.

⁶¹ Artículo 25 de la Ley 16/2001.

⁶² Artículo 56 de la Ley 16/2001.

⁶³ Artículos 45 y 49 de la Ley 16/2001.

1) El peculiar caso del Protocolo de Cooperación recogido en el Decreto 11/2006, de 15 de marzo⁶⁴, con el fin de reforzar las relaciones entre el Gobierno de la República Portuguesa y el *Imamat Ismaili*, y que tiene una particular naturaleza jurídica, al carecer este colectivo de declaración de *radicación*, y no versar en sentido estricto sobre cuestiones religiosas, sino de cooperación internacional.

2) El Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009⁶⁵, y cuya ratificación fue realizada por Decreto del Presidente de la República número 94/2010, de 24 de septiembre⁶⁶, en aplicación del artículo 135, letra b), de la Constitución portuguesa, y que entró en vigor en aplicación de su artículo 11, una vez *cumplida la tramitación prevista por el derecho portugués con vista a la validez y a la eficacia de los Tratados Internacionales*⁶⁷, que no deja de ser un caso peculiar:

- a) Pues como señalaba tanto el artículo 2 del citado Acuerdo, como el propio artículo 2 del Decreto del Presidente de la República número 94/2010, de 24 de septiembre, el mismo se firmaba *obedeciendo a los principios consagrados en la Ley 16/2001, de 22 de junio, (Ley de Libertad Religiosa)*, pese a no contar este colectivo con previa declaración de radicación en Portugal.
- b) Trata cuestiones directamente relacionadas con el derecho de libertad religiosa: reconocimiento de personalidad jurídica del propio *Imamat Ismaili* como *expresión máxima de la comunidad de los musulmanes Shia Imami Ismaili*⁶⁸, cooperación mutua⁶⁹, protección de la identidad religiosa⁷⁰, reconocimiento de la

⁶⁴ *Diário da República*, I.^a serie A, n.º 53, de 15 de marzo de 2006.

⁶⁵ *Diário da República*, I.^a serie, n.º 187, de 24 de septiembre de 2010, pp. 4.271 y ss.

⁶⁶ *Diário da República*, I.^a serie, n.º 187, de 24 de septiembre de 2010, p. 4.254.

⁶⁷ Es decir 30 días después de la publicación del Aviso 354/2010 del Ministerio de Asuntos Exteriores, de 22 de noviembre de 2010. Dicha publicación tuvo lugar en el *Diário da República*, I.^a serie, n.º 5.633, de 13 de diciembre de 2010, p. 5.633, fecha a partir de la cual comenzó a computarse el citado plazo de 30 días.

⁶⁸ Artículo 1 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁶⁹ Artículo 2 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁰ Artículo 3 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

autonomía organizativa interna⁷¹, del derecho a crear establecimientos de formación y cultura religiosa⁷², y escuelas no religiosas en todos los grados educativos conforme a la legislación portuguesa⁷³, autorización a la *Aga Khan University*, la *University of Central Asia* y el *Institute of Ismaili Studies* para desarrollar sus actividades en Portugal, con respeto a la legislación portuguesa⁷⁴, previsión de la designabilidad de representantes de esta comunidad en la Comisión de Libertad Religiosa, y en la Comisión del Tiempo de Emisión de las Confesiones Religiosas⁷⁵, todo ellos sin perjuicio de la aplicabilidad directa de la Ley 16/2001, de 22 de junio, en lo no contemplado por el acuerdo, y de la titularidad y ejercicio por el *Imamat* y la *Comunidad Ismaili*, de otros derechos aplicables a las iglesias o comunidades religiosas inscritas o radicadas⁷⁶ previstos en la Ley Portuguesa,⁷⁷ y de la eventual firma de acuerdos supletorios⁷⁸ y la promulgación de leyes y reglamentos complementarios⁷⁹.

Quedan fuera del listado de cuestiones tratadas en el Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009, entre otros, cualquier referencia al matrimonio y al otorgamiento de beneficios fiscales, (que son derechos que el ordenamiento jurídico portugués reconoce a todas las *radicadas*—incluso algunos beneficios fiscales se otorgan por la mera inscripción—, dándose la paradoja que en este caso concreto no gozan de

⁷¹ Artículo 4 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷² Artículo 5 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷³ Artículo 6, apartados 1 y 2, del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁴ Artículo 6, apartado 3, del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁵ Artículo 7 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁶ Por cierto, recordemos que la *Comunidad Ismaili* no gozaba de dicho estatuto de *radicación* en el momento de firma del Acuerdo.

⁷⁷ Artículo 8 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁸ Artículo 9 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

⁷⁹ Artículo 10 del Acuerdo entre la República Portuguesa el *Imamat Ismaili*, firmado en Lisboa el 8 de mayo de 2009.

dicha declaración de radicación, ni de los privilegios directamente unidos a ella, que no se hayan incorporado al Acuerdo)

En buena medida es la propia Ley 16/2001 la que satisface la mayoría de las consecuencias directamente derivadas del derecho de libertad religiosa, en base a un modelo de *derecho común*, que a nuestro juicio es en muchos puntos francamente encomiable, y del cual el legislador español podía aprender mucho, de cara a una eventual reforma de la legislación nacional en materia de libertad religiosa.

El modelo portugués es en este punto mucho más flexible que el español, al permitir el reconocimiento de la *radicação* en Portugal a pequeñas colectividades religiosas, sin tener que pasar por el tamiz de tener que *federarse*, como *de facto* ha ocurrido en España, pese a que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa española de 1980 no exigía dicho requisito, con el riesgo que implica la adopción de eventuales decisiones arbitrarias por parte de los órganos directivos de dichas federaciones, cuando éstos se niegan a incorporar en su seno a un determinado colectivo que pueda desear integrarse⁸⁰.

La Ley trata de paliar la precedente situación de desigualdad, extendiendo los beneficios de los que disfruta la Iglesia Católica, a las demás confesiones religiosas, procurando ser respetuosa tanto con los principios de neutralidad y separación, como con los de igualdad y no discriminación⁸¹. Pretende buscarse una solución de *derecho común*, reivindicada desde hace tiempo por la doctrina, que limara diferencias de trato existentes entre la Iglesia Católica y las confesiones religiosas minoritarias.⁸² En contraste con el estado de cosas perfilado tras la Ley de Libertad Religiosa 4/1971, en que se aprecia

⁸⁰ ROSSELL GRANADOS, J., «La Ley Orgánica de Libertad Religiosa Española y su posible reforma: ¿Hacia el modelo de Ley de Libertad Religiosa Portugués?», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, Iustel, 2009, p. 22.

⁸¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Portugal. Ley de Libertad Religiosa de 2001», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 2, diciembre 2002, p. 523. TORRES GUTIÉRREZ, A., «Análisis del modelo portugués de relaciones Iglesia-Estado a la luz de la Ley de Libertad Religiosa de 2001 y el Concordato de 2004», en *O Direito Canónico ao Serviço da Igreja: Os 25 Anos do Código de Direito Canónico (1983-2008)*. *Lusitania Canónica*, n.º 14, serie A, Universidade Católica, Editora, Lisboa, 2009, pp. 343-357. VALENTE, D. y FRANCO, A. *Liberdade religiosa. Nova Lei Anotada e Comentada*, Dislivro, Lisboa, 2002.

⁸² CANAS, V., *Estado e Igreja em Portugal*, en ROBBERS, G. (ed.), *Estado e Igreja em la União Europeia*. cit., p. 277.

una evidente contraposición entre el régimen jurídico de la Iglesia Católica y el de las demás confesiones religiosas minoritarias.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales europeos, la Constitución portuguesa guarda un significativo silencio en esta materia, por lo que ni *prohíbe*, ni *requiere*, la estipulación de acuerdos o concordatos, con la Iglesia Católica o con las demás confesiones religiosas⁸³. Como gran novedad dentro del modelo portugués de libertad de conciencia, el Capítulo V de esta Ley incorpora la posibilidad de celebración de Acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas minoritarias, algo que merece un detenido escrutinio.

Obsérvese que la Ley portuguesa no establece cuál debe ser el contenido de dichos acuerdos, guardando un silencio significativo sobre este punto, que no puede pasar desapercibido. Hay varias interpretaciones posibles, una de ellas es que la Ley tiene un contenido tan amplio y detallista, al ser objeto de una redacción exhaustiva, que pocas son las materias que eventualmente podrían entrar dentro de los mismos. Es significativo, en este punto, que el propio artículo 47 de la Ley 16/2001, contempla entre las causas para la denegación de la suscripción de un acuerdo, el hecho de *no ser necesaria la aprobación de una nueva Ley para alcanzar los objetivos prácticos de la propuesta*. Por ello ROSSELL⁸⁴ piensa que no es del todo aventurado prever que no vayan a ser muchos los acuerdos que se suscriban, pues parece entreverse que el legislador no sea muy partidario de dicha posibilidad, de hecho ha transcurrido prácticamente una década desde la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa portuguesa, y pese a que algunos colectivos religiosos pudieran estar eventualmente interesados en ello, sólo se han suscrito el Protocolo de 2006 y el Acuerdo de 2009 con la *Comunidad Ismaili*, que paradójicamente carece de declaración de *radicación*.

⁸³ FERLITO, S., «La legge portoghese di liberta religiosa», en *Il Diritto Ecclesiastico*, fasc. I, 2003, p. 87. Véase también: PEDROSO, Pedro Maria, «Os Acordos entre o Estado e as Confissões Religiosas», en *Lusitania Canónica*, n.º 4, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1998, pp. 71-89.

⁸⁴ ROSSELL GRANADOS, J., «La Ley Orgánica de Libertad Religiosa Española y su posible reforma: ¿Hacia el modelo de Ley de Libertad Religiosa Portugués?» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, Iustel, 2009, pp. 26 y 34.

No podemos pasar por alto el *poco entusiasmo* que despierta en algunos autores la proliferación de normas especiales, (como en el fondo son los Acuerdos *ad hoc*), por el riesgo implícito que ello conlleva de un difícil escrutinio desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación. Este escaso entusiasmo se explica sobre todo si tenemos en cuenta el peligro real existente de situar el ejercicio del derecho de libertad religiosa, en estrecha subordinación y dependencia de la capacidad de influencia política de cada confesión religiosa, colocando a la confesión dominante en una posición de privilegio frente a las minoritarias, que verán mucho más dificultada la posibilidad real de suscribir acuerdos de cooperación con el Estado en condiciones equiparables a las de aquélla, y en los riesgos implícitos que puede llevar la adopción de una eventual *teoria da negociação das liberdades*, y cuyos resultados serían constitucionalmente inadmisibles de todo punto⁸⁵. Por ello la conclusión lógica a la que llegamos es la de reivindicar la adopción de un amplio modelo garantista de *derecho común*, a aplicar a todas las confesiones religiosas, en la medida que ello sea posible, para que todas ellas reciban un tratamiento equitativo por parte del Estado.

El recurso a un modelo de acuerdos con las confesiones minoritarias en Portugal, presenta interrogantes que guardan un cierto paralelismo con lo que ocurre en el Derecho español o italiano, debido a que su naturaleza jurídica es diferente a la del Concordato con la Santa Sede, cuyo régimen viene equiparado al de los tratados internacionales, por lo que de conformidad con los principios del Derecho Internacional Público.

Aunque los acuerdos con las confesiones minoritarias serían *en principio* legislación interna ordinaria portuguesa, pudiendo ser unilateralmente modificados, e incluso derogados, por el legislador portugués⁸⁶, no podemos pasar por alto que en el caso concreto del Protocolo de 2006 y el Acuerdo de 2009 con la *Comunidad Ismaili*, han venido a equipararse a Tratados Internacionales, lo cual no deja de ser una *novedad*, que puede suponer una *segunda* excepción, (la

⁸⁵ MENDES MACHADO, J. E., *O regime concordatário entre «Libertas Ecclesiae» e a Liberdade Religiosa. Liberdade de Religião ou Liberdade da Igreja?* Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 86-87.

⁸⁶ BACELAR GOUVEIA, J., «Religião e Estado de Direito», en *Novíssimos Estudos de Direito Público*, Almedina, 2006, p. 72.

primera sería el Concordato de 2004 con la Iglesia Católica), al establecimiento de un modelo *puro* de *derecho común*.

4. CONCLUSIÓN

Para poder hacer una correcta evaluación comparativa del modelo español frente al modelo portugués, conviene situarse a nuestro juicio desde la perspectiva que da la posición jurídica de los individuos, en cuanto verdaderos titulares últimos de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de conciencia.

El modelo portugués supone un paso adelante desde el momento en que con la declaración de radicación, los individuos adscrito a las confesiones religiosas minoritarias van a gozar de un régimen de derecho común, muy generoso, a favor de todos ellos.

De este modo se consigue lo que muchos hemos venido pidiendo desde hace tiempo en España, que se dote a todas las confesiones religiosas de un modelo de *derecho común*, que impida poder hablar de ciudadanos de *primera* y de *segunda* categoría, es decir, de ciudadanos adscritos a confesiones religiosas con acuerdo de cooperación con el Estado y las que carecen del mismo. La solución portuguesa, a pesar de la posición de predominio de la Iglesia Católica, recorta sensiblemente la diferencia de trato que se sigue dispensando en países como España o Italia, a las confesiones religiosas minoritarias, desde el momento que se reduce el arbitrio de la Administración en el reconocimiento del notorio arraigo, evitando la tentación de convertir a las confesiones que ya lo tienen, y que se encuentran representadas en las Comisión Asesora de Libertad Religiosa, en *un club con derecho de admisión*, y se otorgan numerosos derechos automáticamente unidos a dicho reconocimiento de radicación, sin necesidad de suscribir un acuerdo de cooperación con el Estado, algo que con frecuencia depende de por donde soplen los vientos de la oportunidad política, y si a alguien le parece esto exagerado, sería bueno que se reflexione sobre la situación de los musulmanes italianos, que carecen del mismo, pese a ser probablemente la minoría religiosa más importante del país, a raíz de los recientes movimientos migratorios operados en el cambio de siglo.

Bien es cierto que no sabemos con certeza hasta qué punto la combinación de la concesión de declaraciones de radicación, jun-

to con la suscripción de acuerdos *ad hoc* con concretos colectivos confesionales, como son el Concordato de 2004 con la Iglesia Católica o el Protocolo y el Acuerdo con la Comunidad Ismaili, podrá desfigurar dicha solución de derecho común, y volver a un sistema de *diferenciación o peldaños*, como ocurre en Italia y España, y abrir las puertas a un modelo pluriconfesional, especialmente desde el punto de vista del reconocimiento de privilegios económicos a través de beneficios fiscales, la asignación tributaria y la financiación pública del adoctrinamiento religioso en el sistema educativo.

La praxis portuguesa ha sido mucho más flexible que la española en todo lo relativo al otorgamiento de la declaración de radicación, y a pesar de la relativa *bisoñez* de su legislación, han sido varias decenas de colectivos los que han conseguido dicho reconocimiento de *radicação* en Portugal, muchos de los cuales contaban con un muy reducido número de miembros. Esta flexibilidad de la praxis administrativa, sirve para disipar los recelos —no necesariamente *infundados*, por otra parte— que se suscitaron en la doctrina, que cuando se estaba elaborando el proyecto de la actual Ley de Libertad Religiosa, desconfiaban de las consecuencias de un eventual reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, que pudiera tener como consecuencia el establecimiento de una *ley del embudo* en virtud de la cual muchos movimientos religiosos minoritarios, pudieran tener dificultades para conseguir el pleno reconocimiento de su radicación en Portugal⁸⁷.

Son sin duda muchas las cuestiones abiertas, y de hecho en este trabajo hemos intentado aproximarnos a las mismas atraídos por el interés por el conocimiento, y por la formulación de soluciones jurídicas en el ámbito de la libertad de conciencia, y con ello contribuir modestamente a la construcción de una sociedad más justa, la que trata por igual a ciudadanos que son iguales en la titularidad de los derechos fundamentales. Y es que al final, en el fondo del problema, nos encontramos con el individuo y sus derechos, entre ellos el de libertad de conciencia, el primero necesario para el pleno reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la dignidad humana. Nada menos.

⁸⁷ AMARAL E ALMEIDA, P., «As seitas e a liberdade religiosa», en *O Direito*, año 130, 1998, I-II, enero-junio, pp. 129-130.

2. Los colectivos como sujetos de Derecho

LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES COMO ACTORES Y SUJETOS «POTENCIALES» EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL¹

ROMUALDO BERMEJO GARCÍA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de León*

SUMARIO:—1. Complejidad económica y jurídica de las empresas transnacionales.—2. Las empresas transnacionales como actores en la sociedad internacional.—3. Las empresas transnacionales como sujetos de Derecho internacional: 3.1. Los argumentos invocados en el debate doctrinal; 3.2. ¿Es necesaria una reconceptualización de la subjetividad internacional?—4. Conclusión.

1. COMPLEJIDAD ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

Desde hace ya varias décadas se viene estudiando con relativa asiduidad el papel fundamental que representan las empresas «transnacionales»² aunque este fenómeno no es en realidad nada

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto DER 2010-20414-C02-00, «La reforma de las instituciones económicas internacionales», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el período 2011-2013,

² Como se sabe, también ha sido muy común recurrir al término de «multinacionales» para referirse a estas empresas, término que ha sido, a pesar de los inconvenientes que presenta, el más utilizado. Una prueba fehaciente de la utilización de ambos términos la encontramos ya en los textos referentes a lo que se denominó en la década de los setenta el «nuevo orden económico internacional» no siempre muy bien comprendido por los jóvenes investigadores, a pesar de que desempeñó un papel importante. Y es que mientras que la Declaración sobre la instauración de un nuevo orden económico internacional [Resolución 3201 (S-VI), del 1 de mayo de 1974] utiliza en su par. 8, letra g) la expresión de sociedades (empresas) «multinacionales» la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974] utiliza en su art. 2, apartado 2, letra b) la expresión de sociedades «transnacionales». En el doc. E/AC.6L555, de 25 de julio

nuevo. No conviene olvidarse que los Médicis o los Fugger ya iban por estos derroteros, aunque el gran desarrollo empezó tras la Segunda Guerra Mundial³. Como se sabe, hoy en día estas empresas son las grandes protagonistas en el mundo de las relaciones económicas internacionales y la sociedad económica internacional no se entendería sin ellas⁴. No obstante, no conviene olvidar, que no siempre fue así, ya que durante varias décadas fueron el enemigo a abatir por los antiguos países del bloque comunista por considerarlas como pilares del «capitalismo»⁵, mientras que en los países surgidos tras la descolonización, su desconfianza era casi total, al verlas como un peligro para su soberanía.

Hechas estas consideraciones, queremos dejar claro que, en nuestra opinión, la terminología más correcta es la de «empresa transnacional», por las dos razones siguientes. La primera es que el término «empresa» es más amplio que el de «sociedad» o que el término inglés de «corporation». A este respecto, no conviene ignorar que una empresa puede pertenecer a un individuo o a una familia sin que forzosamente tenga que dotarse de una forma jurídica o social determinada. La segunda es que el término «multinacional» puede ser confuso en el sentido de que la composición de la dirección general de tales empresas es también multinacional, cosa que no suele ocurrir, al dirigir las actividades la

de 1974, los países latinoamericanos impusieron el término «transnacional», aunque los documentos internacionales continuaron utilizando ambos términos.

³ El fenómeno transnacional es algo ya muy antiguo. Existió en la Edad Media, continuó después durante los siglos XVII y XVIII, declinando durante los siglos XIX y principios del XX a causa de las doctrinas soberanistas, que excluían otros actores no estatales, aunque durante bastante tiempo eran consideradas como algo perteneciente al entorno del Estado, en el que este ejercía el poder predominante. El tema iba a evolucionar de una forma tal que las empresas van a ir adquiriendo una cierta capacidad de desafío al poder del Estado, o si este no es el caso, al menos sí que van a tener capacidad para crear sinergias que pueden llegar a poner obstáculos al uso del poder del Estado. A este respecto, cfr. FIELD, J. y WILLIAM, A., «Transnationalism and the New Tribe», en KEOHANE y NYE (Ed.), *Transnational Relations and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1972, pp. 3-22.

⁴ Esto ya se apuntaba con gran maestría en la obra de WILDHABER, L., *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*. Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1978, 496 p.

⁵ Esto a pesar de que las organizaciones comerciales de los antiguos países denominados socialistas poseían también las características de estas empresas. A este respecto, cfr. *Rapport du Groupe de personnalités: Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500/Rév. 1, y ST/ESA/6, Naciones Unidas, 1975, p. 6.

casa matriz de una forma transnacional, es decir a través de las fronteras nacionales⁶. A nuestro entender hay que utilizar el término «transnacional» en el sentido dado por Jessup en su conocida obra *Transnational Law* (New Haven, 1956). Y es que este Profesor estadounidense, más tarde Juez de la Corte Internacional de Justicia, comprendió muy pronto, y quizás antes que nadie, lo artificial que resulta separar en estos ámbitos el Derecho internacional público y el privado. Por eso, en su «Derecho transnacional» englobaba todas las actividades de Estados, empresas e individuos que trascienden las fronteras de un Estado, mostrando con claridad la interrelación de todas esas actividades. Y es que para este autor estas relaciones transnacionales no estaban regidas por un nuevo ordenamiento jurídico, sino que algunas estaban regidas por el Derecho internacional, mientras que otras se regían por un Derecho interno o por varios ordenamientos jurídicos internos con los que entraban en contacto.

Pero la polémica en torno a las empresas transnacionales ha estado también presente a la hora de encontrar una definición adecuada, por lo que las definiciones propuestas han sido muy numerosas, aunque no siempre muy adecuadas a sus características. Entre ellas, sólo queremos apuntar las dos siguientes: «The multinacional enterprise is a cluster of corporations of diverse nationality joined together by ties of common ownership and responsive to a common management strategy»⁷. La segunda nos parece una de las más completas, al tener en cuenta los problemas jurídicos que plantean estas empresas que se pueden calificar «... como un conjunto de sociedades incorporadas independientemente en varios Estados, y actuando simultáneamente bajo diferentes leyes y jurisdicciones»⁸. Y si decimos que sólo queremos dar las dos definiciones precitadas es porque se

⁶ Cfr. *Ibid*, nota 2. Ver también *L'entreprise multinationale face au droit*. Obra dirigida por Berthold Goldman y Ph. Frances Kakis, París, LGDJ, 1977, pp. 44-71.

⁷ VAGTS DETLEV, F.: «The multinacional Enterprise: A New Challenge for Transnational Law», *Harvard Law Review*, V-83, 1969/1970, pp. 745-746.

⁸ WHITE, E. y CORREA, C., «El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados», en CASTAÑEDA, J., *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 177. Para otras definiciones, ver el Informe titulado *Les sociétés multinationales et le développement mundial...*, annexe II. Ver también SÁNCHEZ AYUSO, M., *Reflexiones sobre sociedades multinacionales y estabilización económica*, Universidad de Valencia, lección inaugural del curso 1973-1974. Para este autor, estas empresas son «sociedades que poseen, como mínimo, una filial en otro país», *Ibid*, p. 12.

parte de la premisa de que, a causa de la complejidad que encierran estas empresas, su definición es irrelevante, por mucho que algunos autores hayan intentado ser lo más completos posibles.⁹

Por eso precisamente algunas Organizaciones, cuando se han tenido que ocupar de algunas cuestiones relacionadas con ellas, no han dejado de poner de relieve lo problemático que resulta establecer una definición completa y precisa para sus fines, por lo que no se han sonrojado al señalar que renunciaban a ella. Tal fue el caso de la OCDE a la hora de examinar las relaciones estrechas existentes entre las inversiones y las empresas transnacionales¹⁰, así como la OIT en su Declaración de principios sobre estas empresas y la política social, adoptada el 16 de noviembre de 1977¹¹.

⁹ Este es, por ejemplo, el caso del Prof. Bonet Pérez, cuando da esta definición: «Una sociedad transnacional es una empresa mercantil, con ánimo de lucro, que se apoya en la expansión internacional de sus actividades empresariales, y por lo tanto a una pluralidad de Estados, para obtener el máximo beneficio posible a partir de una estrategia pensada en términos mundiales, bajo una unidad de gestión centralizada en la empresa matriz, desde la cual se dirigen las actividades transnacionales y se ordena el conjunto de la actividad empresarial —lo cual, a su vez se conjuga con una tendencia generalizada a que se produzca la reversión de la mayor parte de los beneficios de la actividad conjunta hacia la empresa matriz y sus accionistas, independientemente de su nacionalidad—. Cfr. BONET PÉREZ, J.: «La personalidad jurídica de las sociedades transnacionales: ¿Realidad o hipótesis?», Seminario sobre las actividades de las sociedades transnacionales y la necesidad de su encuadramiento jurídico, Asociación Americana de Juristas y CETIM, Celigny, 2001, p. 1.

¹⁰ El 21 de junio de 1976, la OCDE adoptó los «principios directores» en esta materia, señalando lo siguiente: «Une définition juridique précise des entreprises multinationales n'est pas indispensable aux fins des principes directeurs. D'une façon générale, les entreprises multinationales comprennent des sociétés et autres entités, à capital privé, public u mixte, établies dans des pays différents et liées de telle manière qu'une ou plusieurs d'entre elles sont en mesure d'exercer une influence importante sur les activités des autres et, en particulier, de partager connaissances et ressources avec elles. Le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres est très variable d'une entreprise multinationale à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et les domaines d'activité. C'est pourquoi les principes directeurs s'adressent aux diverses entités que comporte l'entreprise multinationale (sociétés-mères et/ou entités locales)... OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales*. Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 1976, pp. 12-13.

¹¹ En efecto, en el párrafo 6 de dicha Declaración se dice textualmente que «une définition juridique précise des entreprises multinationales n'est pas indispensable pour que la présente Déclaration puisse répondre à son but : le présent paragraphe est destiné à mieux faire comprendre la Déclaration et non à donner une telle défi-

Desde esta perspectiva, poco nuevo hay bajo el sol. Y es que, como ya se recogió en un conocido Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, a la luz de la complejidad del tema y las controversias que provoca, hay que analizarlo con rigor para que los hechos sobrepasen a la ficción y la razón a las pasiones¹². Pero en esta misma época ya el genial profesor Goldman sistematizó en el Instituto de Derecho Internacional, el 7 de septiembre de 1973¹³, las eventuales definiciones de estas empresas conforme a los siguientes criterios: a) definiciones «operacionales» que ponen especialmente el énfasis en el hecho de que las empresas en cuestión ejercen lo esencial de sus actividades en uno o varios países de aquel en que se encuentra su centro de decisión, es decir su casa matriz; b) definiciones «estructurales» referentes a aquellas empresas jurídicamente constituidas por la sociedad madre y por establecimientos o sociedades filiales que se encuentran en uno o en varios países diferentes del de la sede matriz,

nition. Les entreprises multinationales comprennent des entreprises, que leur capital soit public, mixte ou privé, qui possèdent ou contrôlent la production, la distribution, les services et autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité, et compte tenue de la grande diversité en matière de forme de propriété, d'envergure, de nature des activités de l'entreprises en question et des lieux où elles opèrent. Sauf indication contraire, le terme "entreprises multinationales", tel qu'il est utilisé dans la présente Déclaration, se réfère aux diverses entités (sociétés-mères ou entités locales ou les deux, ou encore tout un groupe) en fonction de la répartition des responsabilités entre elles, dans l'idée qu'elles coopéreront et s'entraideront, le cas échéant, pour être mieux à même d'observer les principes énoncés dans cette Déclaration».

¹² A este respecto, cfr. *Las corporaciones multinacionales en el Desarrollo Mundial*, doc. ST/ECA/190, p. 5. En este Informe se decía además: «A causa del marco amplio de este estudio, conforme a la Resolución del Consejo Económico y Social, en él la expresión "Corporación multinacional" se utiliza en un sentido lato y abarca a todas las empresas que controlan activos, fábricas, minas, oficinas de ventas, etc..., en dos o más países. Esta definición tiene la ventaja de que con ella no se excluye arbitrariamente ningún aspecto importante del fenómeno (por ejemplo, las finanzas o los servicios) ni del problema (por ejemplo, las cuestiones vinculadas con las empresas de orientación nacional o las firmas pequeñas). También permite aprovechar al máximo los datos disponibles que son resultado de definiciones diferentes, y que, por lo general, no pueden reclasificarse para adecuarlos a una definición más restrictiva».

¹³ A este respecto, cfr. Institut de Droit International. Session de Rome, 7 septembre 1973, 2^e Commission. *Entreprises multinationales*. Note du rapporteur en but de la réunion du 8 septembre 1973.

así como un grupo de sociedades vinculadas entre ellas por diferentes medios, sin que se pueda en realidad designar una de ellas como sociedad o sede matriz; y c) definiciones basadas en la nacionalidad de los dirigentes, e incluso en algunos casos de los detentadores de capitales, cuando estos pertenecen a distintas nacionalidades. El profesor Goldman se decantaba por el tipo de definiciones *estructurales*, y ha sido en teoría el que ha encontrado más eco en los textos de las Organizaciones internacionales.

Dicho esto, el principal problema de las empresas transnacionales no es su definición, siempre difícil de cernir y precisar, sino el de controlar sus actividades. Y es que aunque el problema no es nuevo, la actual crisis financiera internacional ha vuelto a poner sobre el tapete de la actualidad internacional problemas ya conocidos, aunque no resueltos. Y es que, como se sabe, mucho se ha hablado en los últimos tiempos del control y supervisión de las entidades financieras, como si de un tema nuevo se tratara cuando en realidad, al ser estas entidades grandes empresas bancarias o financieras transnacionales, el problema nos recordaba todo el debate sobre el control y el código de conducta sobre las empresas transnacionales que tuvo lugar en las décadas de los setenta y ochenta. Como se suele decir, el mismo perro pero con distintos collares.

2. LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES COMO ACTORES EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

Desde hace ya bastante tiempo se viene hablando, sobre todo en el ámbito de las relaciones internacionales, de los actores que configuran e intervienen actuando en dicho campo. Sin embargo, no siempre ha habido consenso a la hora de saber quienes pueden ser considerados como tales ni tampoco sobre qué ámbitos específicos pueden actuar. Y es que la complejidad que encierra hoy en día el mundo de las relaciones internacionales, añadido al «declive» del fenómeno estatal y la reducción importante de su influencia en muchos aspectos de la sociedad internacional, ha venido acompañado al mismo tiempo de un incremento notable de poder de otras entidades no estatales (actores) al verse capaces de sacar provecho de dicha situación. Ni que decir tiene que entre dichos actores están las empresas transnacionales cuyo poder está más que demostrado tanto frente a los Estados, como frente a los indi-

viduos¹⁴. Y es que no es extraño ver como los Estados ceden a estas empresas parcelas de poder a cambio de inversiones. Es más, esta cesión de parcelas de poder económico se ha hecho incluso mediante una estrategia de acuerdos y cooperación con el Estado en cuestión, por lo que es en realidad el Estado el que se ha venido autolimitando¹⁵.

Desde esta perspectiva no cabe duda de que estas empresas transnacionales son auténticos actores de las relaciones internacionales, y disponen como medios de acción, según los casos, el control de sustanciales recursos materiales, naturales e intelectuales. Además, se establecen y actúan a través de las fronteras de los Estados con el fin de poder conseguir sus objetivos, llevando a cabo sus actividades al margen de las estructuras estatales, sobre todo en todo aquello relacionado con la toma de decisiones y su acción exterior, sin descontar que en algunos casos actúan también en abierta oposición a los gobiernos. Por último, no conviene olvidar que sus intereses no están reñidos, en ocasiones, con aquellos de otros actores, sean estos empresas o no.

Partiendo de estas premisas, se debatió mucho en su momento la cuestión de saber si estas empresas, a pesar del peso y poder que representan en la esfera de las relaciones internacionales, eran actores autónomos e independientes o si, por el contrario, eran actores dependientes y subsidiarios de los Estados. Esta última tesis fue defendida en su momento tanto en algunos informes onusianos¹⁶ como por parte de varios autores¹⁷, aunque con el tiempo pronto se ha visto que estas empresas son actores autónomos e independientes, ya que el papel y las funciones que desempeñan en la actualidad en el

¹⁴ Como se sabe otros importantes actores son, aparte del Estado, las Organizaciones internacionales, las ONG's e incluso el individuo. Sobre las ONG's, cfr. ABAD CASTELOS, M., *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG's en la nueva sociedad global*, Cideal, Madrid, 2004. De todas formas, cada vez más este elenco de actores se va ampliando al hilo del desarrollo y del papel que la llamada sociedad civil va teniendo a nivel internacional.

¹⁵ A este respecto, cfr. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Sociedad civil y Derecho internacional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 89 y sgs.

¹⁶ A este respecto, cfr. *Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500, rev. 1 ST/ESA/6, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, pp. 27 y 50.

¹⁷ Cfr. BARRET, Ph., *Empresas multinacionales y división internacional del trabajo*, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 54-55; y TRUYOL y SERRA, A., *La sociedad internacional*, Alianza, Madrid, 1977, 2.^a ed., pp. 128 y sgs.

sistema internacional ha cambiado considerablemente al poder elaborar su propia política casi sin cortapisas, consiguiendo sus objetivos mediante su enfoque y poder transnacional. A este respecto, hay que reseñar que la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y la globalización comercial, económica y financiera, cuyos resultados los tenemos hoy en día más evidentes que nunca, con la liberalización como estandarte, han contribuido considerablemente a una expansión nunca vista anteriormente de estas empresas¹⁸. Y es que no hay que olvidar, como bien apunta la Profesora Esther Barbé, que las empresas transnacionales son un instrumento de la globalización ya que en buena medida son ellas las que organizan y programan la producción mundial¹⁹.

En efecto, basta con comparar el sistema comercial, económico y financiero de los años setenta y ochenta con el que tenemos en la actualidad, para apercibirnos de los elementos siguientes. Hace tan sólo unas décadas²⁰ la economía mundial estaba en buena parte centrada ya en el mercado pero dominada por los Estados, de forma que las empresas transnacionales no podían cambiar ni los mecanismos ni el engranaje del sistema económico internacional por lo que sólo tocaban accesoriamente a la preponderancia estatal. Desde este prisma, la empresa transnacional parecía ser una especie de agente económico del centro de decisión estatal. Todo esto ha ido, sin embargo, cambiando poco a poco, y en los últimos tiempos, se puede hablar ya de unas tres décadas, estas empresas han invadido todos los sectores importantes de producción y de servicios, constituyéndose en centros internacionales de decisión y con capacidad para poder establecerse a escala mundial al margen de los Estados²¹. Y es que si antes estos actores no entorpecían la acción estatal, estando en gran medida bajo el control de los Estados, ahora se han vuelto incontrolables, pudien-

¹⁸ Sobre esta cuestión, cfr. WALLACE, C.D., *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2002.

¹⁹ De esta autora, cfr. *Relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2.^a edición, 2003, p. 197.

²⁰ A este respecto, cfr. LAURENT, Ph., «Les sociétés transnationales et les pays en voie de développement», *Revue Projet*, n.º 105, 1976, pp. 509-530.

²¹ Esta situación nos recuerda la que señaló Mohammed Bedjaoui en 1979, cuando comparó a las empresas transnacionales con las «compagnies à charte» de los siglos XVI, XVII e incluso XIX. Cfr. *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979, p. 32.

do desafiar al sistema en su conjunto e incluso supeditarlo a sus intereses.

Ni que decir tiene que algo de esto ha ocurrido durante la actual crisis financiera, en la que los intereses en juego eran tan importantes, de forma que se ha tenido que venir en ayuda de algunas de estas empresas para intentar salvar el sistema. Y es que estas empresas eran tan importantes para los sistemas económicos de algunos Estados que estos han tenido que venir en su ayuda para salvar los muebles que quedaban. Desde esta perspectiva, ya se sabe que el fenómeno de la concentración de estas empresas en los últimos años ha sido estremecedor de forma que, a pesar de que se hable de liberalismo económico y de libre mercado, lo que tenemos en realidad son grandes oligopolios en muchos sectores económicos y financieros a nivel mundial. A este respecto, conviene apuntar un dato que, por conocido, no deja de ser sumamente relevante, como es el que hoy en día tengamos también grandes empresas transnacionales en varios países denominados ahora «emergentes», entre los que hay que citar China y la India, pero también Brasil, México y en el ámbito de los recursos energéticos especialmente a Rusia.

Que las empresas transnacionales son actores económicos internacionales es, pues, unánimemente aceptado. Pero estas empresas son también actores políticos, no sólo por una determinada acción en relación con un gobierno²² sino porque en muchos casos recurren al poder político para modificar los elementos de poder bien sea de los Estados o de otros actores. A este respecto, no es extraño que en muchas ocasiones se haya hecho alusión a expresiones como «poderes privados transnacionales» o «centros internacionales de decisión», expresando así su poder. Estas empresas van generando así un poder con capacidad para alterar la política de algunos Estados, desarrollando al mismo tiempo su propio sistema de relaciones internacionales al lado del de las relaciones interestatales²³.

Además, algo que es muy importante, y que se ha puesto de relieve en muchas ocasiones, es que estas empresas transnacionales pue-

²² Como se sabe, en algunos casos han estado presentes en la vida política de un país llevando a cabo determinadas acciones de corrupción o apoyando a un partido político de una determinada ideología del que esperaba después obtener beneficios, etc.

²³ Cfr. ZORGBIBE, Ch., *Les relations internationales*. París, PUF, 1977, p. 91. Ver también TUGENDHAT, Ch., *Las empresas multinacionales*, Madrid, Alianza, 1973, p. 259.

den crear en su seno un régimen de «lealtades» no sólo distinto del Estado sino incluso antinómico. Al tener un «centro de decisiones» unificado a nivel mundial van a elegir los objetivos sin tener en cuenta los intereses de los Estados, imponiendo así su disciplina a las filiales. Es más, esto es algo que forma parte de la propia psicología de estas grandes empresas²⁴, como lo revelan las palabras de muchos de sus dirigentes cuando amenazan de lo que hoy se denomina «deslocalización», fenómeno, que como se sabe no es nuevo, pero que se ha desarrollado considerablemente con la globalización. Se puede decir, pues, que estas empresas buscan su propio interés, que es un interés «desnacionalizado», y que no es ni más ni menos que el logro de sus objetivos. Para ello, estas empresas se han dotado de un poder transnacional con las características siguientes: centro de decisión internacional; capacidad para transferir bienes, recursos financieros y tecnología; poseen un alto grado de competitividad, con un *savoir faire* en algunos casos exclusivos o casi exclusivo; tienen su propia diplomacia para llevar a cabo su «política exterior», con gran capacidad de propaganda; y pueden crear alianzas bien con Estados o con otras empresas si lo consideran bueno para sus intereses. Pocas cosas, pues, se dejan a la improvisación.

Dicho esto, no conviene terminar este apartado sin hacer las consideraciones siguientes. Ya hemos apuntado que las empresas transnacionales se han desarrollado considerablemente con la globalización, pero también hay que señalar que ellas han sido también *motores* de la propia globalización, cosa que se suele olvidar. Lo que está claro hoy en día es que el mundo en que vivimos sería completamente distinto sin estas empresas transnacionales, aunque no sé si para mejor o para peor. Si tan sólo hace unas décadas eran puestas en la picota por las propias Naciones Unidas por los riesgos económicos y políticos que parecían plantear, de ahí el proyecto de elaborar un ambicioso «código de conducta» que regulara sus actividades²⁵,

²⁴ Ch. Tugendhat recoge en su obra *las empresas multinacionales* (p. 19) unas declaraciones del Director de Nestlé, Max Gloor, quien señaló en una conferencia dada el 10 de julio de 1968, organizada por el British Institute of Management, lo siguiente: «No se nos puede considerar ni como puramente suizos, ni como puramente multinacionales, esto es, como pertenecientes al mundo en general, si es que existe tal cosa. Somos probablemente una cosa intermedia, una raza aparte. En una palabra, tenemos la ciudadanía de Nestlé».

²⁵ Para un análisis detallado de este problema, cfr. GARELLI, S., *Vers un code de conduite internationale à l'intention des sociétés transnationales*. These, Université

hoy en día los Estados luchan por atraer sus actividades e inversiones, convirtiéndose así no sólo en agentes pura y simplemente económicos sino también en motores de desarrollo económico y social. No hay que olvidar que las más de 70.000 empresas transnacionales que hay en el mundo canalizan casi la totalidad de las inversiones directas, siendo así el punto de atracción de hoy en día en el mundo. Es más a pesar de los problemas que ha planteado la actual crisis financiera a algunas de estas empresas, como la General Motors o Ford, sin contar las ayudas a otras muchas, sobre todo entidades bancarias, su poder no ha disminuido, sino todo lo contrario, Y es que se parte de la premisa de que estas empresas, al ser un motor para el desarrollo económico y social, constituyen un elemento muy positivo también para los individuos y su bienestar²⁶.

Desde esta misma perspectiva, hay que recalcar que dentro del ámbito onusiano también se ha querido reforzar el papel que pueden desempeñar estas empresas en los objetivos de la Organización. Tal es el caso de la Declaración del Milenio²⁷ en cuyo párrafo 20 se decide «establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza»²⁸. Algo similar ocurre en otras esferas como en materia de derechos humanos, en donde la antigua Comisión de Derechos Humanos, consideró en la Resolución 2002/28, de 22 de abril de 2002²⁹ que aunque sea el Estado el que tiene la responsabilidad a la hora de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, en el esfuerzo por que la globalización se guíe por el respeto a los derechos humanos se han de incluir no solo a los órganos de derechos humanos sino al resto de instituciones internacionales y *sobre todo* al resto de actores en la esfera global, incluyendo a las empresas transnacionales. Lo

de Lausanne, Ecole des Hautes Etudes Commerciales. Zurich, Juris Druck & Verlag, 1977, 193 p.

²⁶ A este respecto, cfr. RATNER, S.R., «Corporations and human rights: a theory of legal responsibility», *Yale Law Journal*, 2002, p. 462.

²⁷ A este respecto, cfr. Doc. A/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

²⁸ En realidad, algo de esto ya estaba presente en la configuración de la ayuda pública al desarrollo, cuando las Naciones Unidas recomendaban conceder al lado del 0,7 % de ayuda pública al desarrollo un 1 % de ayuda privada, cifras que, como se sabe, siguen para muchos países pendientes, incluido el nuestro.

²⁹ Esta Resolución lleva por título *La mundialización y sus consecuencias sobre el pleno disfrute de los derechos humanos*.

mismo ocurre con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas³⁰ e incluso, el propio Secretario General ha considerado oportuno reforzar de forma general el partenariado con el sector privado³¹, estrategia que no es del agrado de todos. Es más, algunos propugnan incluso implicar a las empresas transnacionales en actividades de prevención de conflictos, mantenimiento de la paz y operaciones post-conflicto, aunque esperemos que en estos casos, al menos, sea sin ánimo de lucro³². Claro que si algunas empresas transnacionales no sólo proveen el rancho a las fuerzas armadas acuarteladas sino también en operaciones bélicas ¿porqué no van a poder ocuparse igualmente de estos temas? El fenómeno de la «externalización» ya lo tenemos presente en muchos ámbitos, y en algunos casos los únicos que pueden prestar ciertos servicios son estas empresas, lo que nos demuestra que cada vez refuerzan más ese papel de «actor» a nivel internacional.

3. LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión de la subjetividad internacional siempre ha sido problemática, salvo para el Estado, sujeto por antonomasia del Derecho internacional. Y es que se ha pasado de una concepción restrictiva a una más amplia, en la que para ser considerado como sujeto de Derecho internacional bastaría con poder invocar derechos a nivel internacional o ser responsable por haber violado alguna norma internacional. Es lo que se denomina subjetividad internacional activa, en el primer caso, y pasiva en el segundo. Desde este prisma, es obvio que el círculo de sujetos de Derecho internacional se ha ido ampliando considerablemente, y en nuestra opinión este puede considerarse como un elemento de progreso del Derecho internacional. Sin embargo, no

³⁰ Sobre este último aspecto, cfr. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, doc. E/CN.4/2005/91, de 15 de febrero de 2005, pág. 24.

³¹ A este respecto, cfr. doc. A/60/214, de 10 de agosto de 2005.

³² Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. OETREL, J., GETZ, K. y LADEK, S., «The Role of Multinational Enterprises in Responding to Violent Conflict: A Conceptual Model and Framework for Research», *American Business Law Journal*, 2007, n.º 2, pp. 331 y ss.

es fácil dar una respuesta tajante en relación con las empresas transnacionales, pues el tema, aunque tampoco es nuevo, está muy lejos de ser pacífico.³³ Y es que como ya hemos apuntado en torno a la complejidad que encierra su definición, la cuestión de la subjetividad internacional, por mucho que se quiera defender un punto de vista progresista del Derecho internacional, suscita problemas de difícil respuesta y esto no es sólo válido para las empresas transnacionales sino también para los actores denominados no estatales en general.

En efecto, no hay que olvidar que el Derecho internacional ha forjado en esta materia una concepción muy clásica, por cierto muy defendida por la mayoría de la doctrina, ya que el que se distanciaba de esos parámetros se tendía a considerarle como un poco ingenuo, soñador o heterodoxo. Así pues, desde esta perspectiva, no era fácil abrir una brecha, incluso aunque se fuera consciente de que la situación no acababa de ser satisfactoria. Inútil de señalar que esta es la posición en la que el que suscribe se encuentra, ya que de un lado es fácil detectar los problemas que, desde un punto de vista jurídico formal, suscita el reconocimiento de la subjetividad internacional a estas empresas, aunque por otro lado uno puede sorprenderse de que actores de tanta relevancia a nivel internacional, relevancia que como ya hemos apuntado se ha reforzado considerablemente tras la globalización, no pueden entrar dentro del sistema como auténticos sujetos, lo que parecería hacer ver que el Derecho internacional es más formal que real. Aunque sabemos que este reproche a nuestro sistema jurídico también se ha hecho en otros ámbitos, como en materia de uso de la fuerza, lo cierto es que lo que ocurre con las empresas transnacionales en materia de subjetividad no deja de sorprender, lo que nos demuestra efectivamente los excesivos formalismos de los que en muchos casos hace gala el Derecho internacional, con todo lo que esto implica. Y es que si se quiere hacer del Derecho internacional un sistema más efectivo y real³⁴, es necesario abrirlo y hacerlo cada vez más acorde a las realidades cambiantes del Derecho internacional³⁵.

³³ En realidad, casi todas las cuestiones de alcance jurídico relacionadas con estas han sido controvertidas. A este respecto, ver ya lo que pensaba el Profesor Adolfo Miaja de la Muela en su trabajo «El Derecho internacional ante las sociedades multinacionales», *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, pp. 169-227.

³⁴ Cfr. CASSESE, A., *International Law*, 2.^a Ed., 2005, p. 12.

³⁵ Sobre el carácter aperturista del Derecho internacional, cfr. CRAWFORD, J.R., «International Law as an Open System», en CRAWFORD, J.R. (Ed.), *International Law as an Open System*, 2002, pp. 17 y ss.

Partiendo de estas premisas, las tesis que se van a enfrentar son dos. Aquellos que defienden que no todos los actores que participan en las cada vez más complejas relaciones internacionales, a pesar de que tengan influencia en la sociedad internacional, son sujetos de Derecho internacional³⁶. Para estos autores, es evidente que las empresas transnacionales no cumplen con los requisitos exigidos por el Derecho internacional para ser auténticos sujetos del mismo, en el sentido de que no pueden ser destinatarias de las obligaciones que promueven la realización de los intereses o bienes comunes³⁷. Otros defienden, sin embargo, que reconocer hoy en día la calidad de sujeto de Derecho internacional a estas empresas no plantea serias dificultades teóricas, aunque sólo serían sujetos *menores y derivados*³⁸. Sin embargo, el alcance que estos autores otorgan a esta personalidad jurídica resulta mínimo, ya que la concesión de esa personalidad resulta, en general, de un contrato «internacionalizado», que un Estado lleva a cabo con una empresa transnacional, contrato que será sometido a las normas materiales y formales del Derecho internacional. Así las cosas, la personalidad jurídica en cuestión se va a derivar de la voluntad de ese Estado, quedando limitada a los derechos y obligaciones contractuales. Desde este prisma, dicha personalidad es sólo *funcional*, al quedar limitada al cumplimiento de sus obligacio-

³⁶ Cfr. PAULUS, A.L., *Die internationale emenschaft in Völkerrecht*, 2001, p. 227. Esta había sido también la opinión de VERDROSS, A. y SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht*, 3.ª edición, 1984, par. 446.

³⁷ A este respecto, cfr. BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 6.ª Ed., 2003, p. 57; y JÄGERS, N., «The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law», en ADDO, M. K. (Ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, 1999, p. 262. Sobre esta cuestión, es interesante el análisis de RIGAUX, F., «Transnational Corporations», en BEDJAOUI, M. (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, 2003, p. 91 y sgs.; y ZEMANECK, K., «The Legal Foundations of the International System», *RdC*, VOL. 266, 1997, quien señala lo siguiente: «...Occasionally transnational companies and NGOs transact with States on the basis of equality, but only the relevant activities of the International Committee of the Red Cross have so far been recognized in instruments of public international law. Usually such relations, and also the interaction of the entities, are considered in the context of private or commercial international law or of international administrative law: only rarely are they treated as *quasi-international agreements*», p. 46.

³⁸ Esta es la opinión expresada por Patrick Daillier y Alain Pellet, cfr. *Droit international public*, 7.ª edición, 2002, p. 647, para quienes las objeciones son sobre todo tácticas, como reconocer la personalidad jurídica de manera abstracta y mal definida y no prejuzgar su futuro estatuto jurídico internacional.

nes y a hacer respetar sus derechos, y *relativa*, pues sólo será oponible al Estado o Estados que la hayan reconocido³⁹.

En nuestra opinión, esta parece ser la tesis más acorde actualmente con el Derecho internacional, sobre todo a la luz del Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, en donde se afirmó que los sujetos en un determinado sistema jurídico no tienen que ser necesariamente idénticos ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su extensión, abriendo así la espita por la que discurrirían los nuevos sujetos del Derecho internacional que se irían creando dependiendo de las necesidades de la comunidad internacional⁴⁰. Sin embargo, sesenta años después de esta Opinión, parece que el problema de la subjetividad internacional continúa, a pesar de los enormes progresos que se han hecho en el ámbito del Derecho internacional⁴¹.

³⁹ Esta tesis es continuidad de lo que ya se señaló en el asunto *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libia*, en cuyo laudo, el arbitro único, Prof. R. J. Dupuy, apuntó (par. 32) que el Derecho internacional había padecido una evolución según la cual la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional quedaba superada al reconocer que no sólo los tratados estaban regidos por el Derecho internacional, sino que también podía ocurrir que, en determinadas circunstancias, los acuerdos entre Estados y personas privadas podían estar regidos por una rama particular del Derecho internacional, es decir el Derecho internacional de los contratos. Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El Derecho internacional de la Empresa», en HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y ROLDÁN BARBERO, J. (Coords.), *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010, p. 398. Este autor se alía así también con la tesis de una subjetividad limitada... *Ibid.*, p. 384.

⁴⁰ El texto de la Corte es el siguiente: «The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States. This development culminated in the establishment in June 1945 of an international organization whose purposes and principles are specified in the Charter of the United Nations. But to achieve these ends the attribution of international personality is indispensable». Cfr. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1CJ Reports, 199, p. 178.

⁴¹ Queremos poner de relieve que aunque generalmente se ha utilizado esta Opinión como una apertura hacia una eventual ampliación de la subjetividad internacional, algunos autores, como entre nosotros el Profesor Carrillo Salcedo, han sostenido que del Dictamen no se puede extraer una interpretación en ese sentido muy amplia, al referirse exclusivamente a las Naciones Unidas, y no al resto de Or-

En el ámbito que nos ocupa, conviene señalar además que el peso que han ido adquiriendo estas empresas en las relaciones económicas internacionales, ha sido colosal, sin que ese peso haya tenido una contraprestación en el ámbito jurídico, salvaguardando quizás la cuestión de los derechos humanos⁴². Y es que, como se sabe, hay una abundante doctrina que considera que estas empresas tienen una especial responsabilidad en la promoción y respeto de los derechos humanos, sobre todo en los ámbitos laboral y social⁴³. Desde

ganizaciones internacionales. Cfr. *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30.

⁴² Sobre esta cuestión, cfr. MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y Derechos humanos en Derecho internacional*, Bosch, Barcelona, 2008, 345 p. Ver además ALSTON, Ph., *Non-state Actors and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 387 pp.; CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 613 pp.; DE SCHUTTER, O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, 430 pp. Para estudios más específicos, cfr. DINE, J., *Companies, International Trade and Human Rights*, 2005, 10; EIDE, «Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power», en F. Coomans *et al* (Eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable-Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven*, 2000, pp. 99 y sgs.; KAMMINGA, M.T., «Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC»; en ALSTON, P. (Ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 553 y sgs.; CHESTERMAN, S., «Oil and Water: Regulating the Behavior of Multinational Corporations through Law», 36 *New York University Journal of International Law and Politics*, 2004, pp. 307 y sgs.; JOSEPH, S., «Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights», 46, *NILR*, 1999, 171at 175; SCHMALENBACH, K., «Multinationale Unternehmen und Menschenrechte», *Archiv des Völkerrechts*, pp. 57-81, 2001. Ver también el Informe Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises with Regard to Human Rights, Doc. E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005.

⁴³ A este respecto, ver el interesante estudio de PAUST, J. J., «Human Rights Responsibilities of Private Corporations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2002, p. 801-825. Este autor parte de la premisa conocida de que estas empresas tienen un poder efectivo mayor que el de muchos Estados, por lo que sus decisiones pueden causar más daños que estos, debido también a sus actividades transnacionales. Por estos mismos derroteros va Surya Deva, cuando señala lo siguiente: «The existing international framework of corporate human rights responsibility is inadequate because it does not prescribe clear human rights standards, is based upon flawed premises, relies excessively on status to enforce obligations, and offers no sanctions for non-compliance. There is, therefore, a need to establish a strong international mechanism as well as reconceptualise the guiding principles and approach of international law vis-a-vis MNCs. I argue that the proposed international mechanism should be based upon a partnership between the UN and the WTO for the promotion of human rights in the new economic order. The partnership, with active

esta perspectiva, como señala Cutler⁴⁴, es un desfase cada vez más importante entre lo fáctico y lo jurídico, es decir, el hecho y el derecho, pues no deja de sorprender que actores tan importantes a nivel comercial, económico y financiero tengan una debilidad jurídica a nivel internacional tan evidente. Y es que por mucho que algunos autores propugnan con platillos y tambores la subjetividad internacional de estas empresas, amparándose sobre todo en la capacidad que se les ha reconocido a la hora de resolver ciertas controversias de recurrir a determinados órganos internacionales⁴⁵ como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones o al Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya⁴⁶, lo cierto es que seguimos teniendo una situación francamente insatisfactoria.

support from other international institutions, the media and NGOs, would both prescribe and enforce human rights standards against MNCs. Bringing human rights issues within the framework of the WTO, both at the stage of negotiation and dispute settlement, would not only help regulate MNCs but would also provide sustainability and people's support to the new economic order.

Further, it is also important that international law abandons its indirect approach to deal with MNCs and recognises them as "secondary limited" subjects, at least as far as human rights are concerned. MNCs should fall directly within the jurisdiction of international regulatory institutions, because the approach of indirect regulation has failed to deliver the desired results». Cfr. «Human Rights Violations by Multinational Corporation and International Law: Where from Here?», 2003, pp. 1-5, p. 1. De esta autora, ver también «UN's Human Rights Norms for Transnational Corporations and Other Business Enterprises: An Imperfect Step in Right Direction?», *idem*, 2004. <http://law.bepress.com/expresso/eps/112>. Sobre estos aspectos, ver también RATNER, S., «Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility», 111, *Yale Law Journal*, 2001, pp. 443-545; MUCHLINSKI, P.T., «The Development of Human Rights Responsibilities for Multinational Enterprises», en SULLIVAN, R. (Ed.), *Business and Human Rights*, 2003, pp. 33 y sgs.; MEYER, W.M., «Activism and Research on TNCs and Human Rights: Building a New International Normative Regime», en FRYNAS, J.G. y PEGG, S. (Eds.), *Transnational Corporations and Human Rights*, 2003, pp. 33 y sgs.; AGUIRRE, D., «Multinational Corporations and the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights», p. 35, *California Western International Law Journal*, 2004, pp. 54 y ss.

⁴⁴ Cfr. CUTLER, A.C., «Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organisation: a Crisis of Legitimacy?», *Review of International Studies*, 2001, p. 137.

⁴⁵ Por ejemplo, cfr. JÄGERS, N., «The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law», en ADDO, M. (Ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 264-265.

⁴⁶ Esto es ahora posible tras haberse enmendado sus reglas de procedimiento.

En efecto, la cuestión de la personalidad jurídica de las empresas transnacionales requiere la adopción de unos pasos previos que hasta el momento no se han dado. Y es que la pregunta que se suscita es la siguiente ¿Cómo reconocer esa personalidad de forma abstracta, cuando todavía no conocemos su estatuto jurídico internacional? ¿Podemos hablar de su personalidad jurídica sin prejuzgar ese estatuto jurídico internacional? Sabemos que en el pasado muchos Estados del Tercer Mundo se oponían a una reglamentación internacional de estas empresas, amparándose en el argumento de que ese estatuto jurídico vendría a consagrar una realidad que no querían que se estableciera desde un punto de vista jurídico formal al izar a estas empresas al nivel de los Estados. Ya hemos apuntado las reticencias de estos países en las décadas de los setenta y ochenta frente a las actividades de muchas de ellas, pero no hay que confundir la subjetividad internacional con la soberanía, ya que se puede otorgar esa subjetividad sin soberanía, como es lógico. De una perspectiva similar partían también las tesis defendidas por la antigua Unión Soviética, al sostener que no podría reconocerse a estas empresas la personalidad jurídica porque no tenían una capacidad autónoma de acción a nivel internacional, pudiendo expresarse en este ámbito sólo por intermediación del Estado⁴⁷. Pero es que, en realidad, no sólo los países del Tercer Mundo y la antigua Unión Soviética se oponían a un reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas, sino también la mayoría de los gobiernos occidentales⁴⁸. Por lo tanto, aunque los que se mostraban más combativos eran los países del Tercer Mundo, a causa de las susceptibilidades ya apuntadas, lo cierto es que casi todos los gobiernos se oponían. Así las cosas, el debate sobre la personalidad jurídica de estas empresas tendría lugar casi exclusivamente a nivel doctrinal.

3.1. Los argumentos invocados en el debate doctrinal

Aquellos que se oponen al reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas invocan entre sus argumentos la propia es-

⁴⁷ A este respecto, cfr. DUMBERRY, P., «L'entreprise sujet de droit international?: retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements», *Revue générale de droit international public*, 2004, pp. 103-122.

⁴⁸ Cfr. *Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1987, pp. 70-71.

estructura del Derecho internacional, al defender que no tienen cabida en este sistema jurídico⁴⁹. Que estas empresas tienen difícil encaje en el Derecho internacional, es evidente, tanto en el tradicional como en el actual, aunque pensamos que se podrían abrir ciertas brechas en este último, como veremos más tarde. No obstante, conviene recalcar que estas razones estructurales no se invocan sólo para oponerse a la personalidad jurídicas de las empresas exclusivamente, sino también en relación con las personas privadas. Por eso son numerosos los autores que abordan este tema de forma general, sosteniendo que estas personas privadas a lo máximo que pueden invocar es a lo que Prosper Weil denomina «l'étrange théorie de la personnalité relative». Y es que, según este autor, la personalidad internacional de cada una de estas personas comprenderá una dosis variable de ciertos derechos y determinadas obligaciones de los Estados, quedando el Estado como el sujeto internacional de referencia, por lo que habrá personas y personas dejando aparte el Estado, por supuesto⁵⁰.

Pero entre los que se han opuesto al reconocimiento de esta personalidad se han invocado también razones ideológicas o políticas,

⁴⁹ Esta es la opinión, por ejemplo, de Louis Henkin, cuando señala lo siguiente: «Multinational enterprises create also huge complications for traditional international legal concepts and trouble relations even among developed States. In principle, a multinational enterprise is not a *person* under international law. The multinational enterprise lives within the international system as a national of the State of incorporation and is subject to the law of any State in which it acts. But inter-corporate relations spread multinational enterprises to many States, causing turbulence in the law governing a State's jurisdiction to prescribe law and creating difficulties between the State of the parent company and the State (or States) in which branches are located, the State (or States) of subsidiaries, the States in which certain activities occur or in which certain property is situated.

The emergence of multinational enterprises has led to pressures on the traditional law governing nationality. In *Barcelona Traction*, we have seen, the International Court of Justice rejected an effort by a State of nationality of shareholders to pierce the "corporate veil...". The State that admits a foreign company generally does not thereby have to accept diplomatic protection by a State whose nationals hold shares in the company. I have suggested that the emergence of multinationals requires rethinking the metaphor of corporate nationality». Cfr. «International Law: Politics, Values and Functions», General Course on Public International Law, *RdC*, 1989-IV, p. 199.

⁵⁰ Cfr. WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité», Cours général de droit international public, *RdC*, 1992-VI, p. 101. De esta opinión es también DOMINICE, Ch.: «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», en MAKARCZYK, J. (Ed.): *Theory of International Law at the Threshold of the 21 st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 154 & 163-164.

como que legitimarían unas actividades, consideradas en general como nefastas. Es más, incluso se ha invocado el riesgo que presentaría ese reconocimiento para la ideología económica liberal⁵¹. Otros, sin embargo, parecen recurrir a argumentos más jurídicos, señalando, entre otras razones, que son sobre todo sujetos de derecho interno, por lo que no es oportuno reconocerles además la personalidad internacional. Esta tesis ha sido sin embargo expresamente rechazada por Charles Leben⁵². Hechas estas consideraciones, lo que se trasluce en muchas ocasiones en el ámbito de ciertos autores es una especie de conformismo con el sistema, estimando que no es muy pragmático o realista pretender defender o imponer esa subjetividad internacional, mientras que otros piensan que el momento quizás no haya llegado todavía. Entre estos no parece que su posicionamiento sea de oposición frontal, sino más bien se trataría de una cierta comodidad a la hora de abordar el sistema jurídico internacional.

Entre los argumentos invocados para que se reconozca la personalidad a estas empresas, hay que destacar uno que ya hemos comentado, y que no es ni más ni menos que el papel creciente que tienen como grandes actores en las relaciones económicas internacionales, algo que no es puesto en duda por nadie. Además, algunos son de la opinión de que cada vez más estas empresas transnacionales mantienen y desarrollan unas importantes relaciones económicas con los Estados, relaciones que son cada vez más complejas y más cercanas al Derecho internacional público que al privado⁵³, lo que parece evidente. Precisamente por eso, desde un punto de vista pragmático y realista aparecen como «participantes» de la evolución del Derecho internacional⁵⁴.

Decir que son «participantes» de esa evolución, es obvio, pero el problema es saber «cómo» y en calidad de «qué». Y es que no todos los actores que participan en las relaciones internacionales son, como ya hemos apuntado, ni tienen en teoría que ser, sujetos de Derecho

⁵¹ Cfr. FLEUR, J., «The Invisibility of Transnational Corporation...», cit., p. 913.

⁵² Para más detalles, ver de este autor «Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat», en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xxe siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000, pp. 134-135.

⁵³ A este respecto, ver, por ejemplo, FATOUROS, A., «Transnational Enterprises in the Law of State Responsibility», cit., p. 384.

⁵⁴ Cfr. MARTÍN-ORTEGA, O., «Empresas multinacionales y Derechos humanos...», cit., p. 65 y bibliografía allí citada.

internacional. No obstante, hay que reconocer que en el ámbito de los contratos de Estado⁵⁵, algunos autores piensan que existe una relación de igualdad entre el Estado y la empresa⁵⁶, a pesar de que esa posición jurídica de la empresa se derive de la voluntad del Estado. Esa relación de igualdad existiría sólo en relación con dicho contrato, ya que como afirma el Profesor Angel Chueca Sancho⁵⁷, la cuestión de la subjetividad internacional de estas empresas debe hacerse teniendo siempre presente que admitir esa personalidad no implica ascenderlas como por arte de magia al nivel de la de los Estados, pues una cosa es personalidad jurídica y otra es soberanía. Es decir, que el otorgarles esa personalidad no significa convertirlas en sujetos soberanos⁵⁸. Otros, sin embargo, han ido más lejos al considerar que por el mero hecho de que los Estados hayan promovido unos códigos de conducta para estas empresas revela que, a pesar de dichos códigos no sean vinculantes, existe una voluntad general de otorgarlas una cierta personalidad internacional⁵⁹. Desde esta perspectiva, es evidente que los autores que propugnan un cierto reconocimiento de esa subjetividad internacional a estas empresas lo hacen con el fin de ejercer sobre ella un mayor control⁶⁰. Y es que algunos de estos autores recelan de los efectos que puedan tener sus actividades económicas transnacionales, como ya hemos puesto de manifiesto.

Respecto a nuestra opinión, pensamos que ya hemos mostrado indicios de que somos partidarios de reconocer una cierta subjetividad a estas empresas. Es más, son numerosos los casos, cada vez más, en los que se les reconoce esa personalidad en ámbitos determinados.

⁵⁵ Sobre el contrato de Estado, cfr. JACQUET, J.-M., «Contrat d'Etat», en *Juris-classeur de droit international*, vol. 9, fasc. 565-60, 1990, 36 p., y bibliografía allí recogida.

⁵⁶ Cfr., por ejemplo, ADELAYO JALAYE, D., *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, Oceana Publications, 1978, p. 244.

⁵⁷ De este autor, ver el interesante estudio «Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional», *Cursos de Derecho internacional Vitoria-Gasteiz*, 1989, pp. 311-378.

⁵⁸ *Ibid*, p. 318.

⁵⁹ Cfr. DELPONTE, K., «Formulating Customary International Law: An Examination of the W.H.O. International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes», *Boston College International and Comparative Law Review*, 5, 1982, p. 377.

⁶⁰ A este respecto, cfr. DAY WALLACE, C., *The Multinational Enterprise and Legal Control, the Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, La Haye, Martinus Nijhoff Publ., 2002, p. 1085.

Se cita siempre en materia de inversiones, el CIADI⁶¹, al que pueden recurrir las empresas, pero en este ámbito siempre que se trate de un tratado multilateral, un Estado, por el mero hecho de ser parte en ese tratado, otorga a la empresa extranjera, cuyo Estado sea también parte en el tratado, el derecho a recurrir a un tribunal arbitral internacional siempre y cuando estime que ese Estado ha violado sus obligaciones en materia de inversiones, a pesar de que no existe un contrato entre ellos⁶².

Conviene poner siempre de relieve que, en estos casos, la empresa es destinataria de normas jurídicas determinadas, y no de normas jurídicas de Derecho internacional. Esas normas que pueden invocar son aprobadas por los Estados, que son quienes ratifican los tratados, y no las empresas. Por eso, la empresa transnacional no puede ser un sujeto activo, sino pasivo, ya que estará sometida a las reglas de derecho establecidas por los Estados sin poder participar ni en el proceso de su elaboración ni en el de su extinción. Así las cosas, la empresa sólo podrá ser un sujeto con capacidad limitada y derivada. Pero es que, además, la empresa no puede ser ahora un sujeto cuya existencia sea «objetiva». Desde esta perspectiva tan sólo puede ser un sujeto «menor» de Derecho internacional, ya que sus derechos u obligaciones no proceden del Derecho internacional general, sino de un instrumento jurídico determinado. Pero siguiendo este hilo conductor, su subjetividad será también sólo «funcional», es decir, el alcance de sus derechos y obligaciones vendrá predeterminado por los Estados, y no por el Derecho internacional. Esto ocurre no sólo

⁶¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en el seno del Convenio de Washington e 1965, en el marco del Banco Mundial.

⁶² Entre estos tratados multilaterales conviene citar al relativo a la Carta de la Energía, en vigor desde el 16 de abril de 1998; el Protocolo de Colonia para la protección recíproca de inversiones en el Mercosur, firmado el 17 de enero de 1994, pero no está en vigor (sobre este Protocolo, cfr. CANO LINARES, A., «Mercosur y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires: una tentativa de acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones», *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, vol. I, n.º 2, pp. 31-40); tampoco está en vigor el Protocolo de Buenos Aires precitado; el Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE se paralizó; sin embargo el recurso de las empresas al arbitraje sí que se recoge en los artículos 17 y 18 del Acuerdo de Libre Cambio de Cartagena, entre Colombia, México y Venezuela, en vigor desde el 1 de enero de 1995; por último también existe esa posibilidad en el marco del Tratado de Libre Cambio para América del Norte (NAFTA).

en materia de inversiones, sino también en otros ámbitos como el de los derechos humanos⁶³.

Desde esta perspectiva, el debate en torno a la subjetividad internacional de estas empresas pierde bastante valor y todo dependerá si uno adopta una tesis que algunos denominan «estricta» o no. Pero este debate no es exclusivo del tema que nos ocupa, como se sabe, sino que también concierne a otros sujetos. Hay que reconocer, sin embargo, que una vez que se ha abierto la espita de la subjetividad internacional, negar sin más esa calidad a estas empresas (siempre, por supuesto, que se tome en consideración los límites previamente apuntados) implicaría situarse fuera del Derecho internacional de nuestros días.

3.2. ¿Es necesaria una reconceptualización de la subjetividad internacional?

Es muy común oír en el ámbito jurídico internacionalista que el Derecho internacional, en realidad como cualquier otro orden jurí-

⁶³ Sobre estos aspectos, cfr. DUMPERRY, P.: «L'entreprise sujet de droit international?...», *cit.*, pp. 112 y sgs. ; y MARTÍN-ORTEGA, O.: *Empresas internacionales y Derechos humanos...*, *cit.*, pp. 63-65. Sobre esta cuestión de Derechos humanos, ver también CLAPHAM, A. y JERBI, S.: «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hasting International an Comparative Law Review*, 2001, pp. 339-349. Estos autores se centran en la cuestión de saber cual puede ser el grado de responsabilidad de estas empresas al llevar a cabo operaciones comerciales (negocios) en un país que viola los Derechos humanos ¿No se están haciendo cómplices de esa violación? A este respecto, señalan lo siguiente: «The boundaries of what is expected from business, and what a state is obliged to do under international law, cannot be neatly drawn. It must be stressed, however, that governments do still possess wide powers over —and primary responsibility for— the well being of their citizens and for the protection of human rights. Corporations, even as they agree to take on greater responsibility in the human rights field, do not have the same legal duties as states under international law and cannot be expected to substitute for the role of governments», p. 3. Y refiriéndose expresamente a la responsabilidad, se preguntan: «What is the responsibility of a business with operations in a country where human rights violations are widespread or where company revenues help support an oppressive regime? Should a corporation be expected to influence government policies concerning human rights and the rule of law? What role should business play in conflict prevention and resolution or in development efforts?. La respuesta que dan es que la responsabilidad del Estado no les exime a estas empresas de su responsabilidad, poco importa que esa complicidad sea directa, indirecta o silenciosa.

dico, no puede ser impermeable a los cambios económicos y sociales a los que está expuesta la sociedad internacional. Sin embargo, hecha la afirmación, lo cierto es que, en algunos casos, se tiende a defender más fácilmente la inamovilidad que el progreso. Y es que no se trata pura y simplemente de conformismo o de comodidad, sino que se debe sobre todo a que cualquier norma jurídica va a traer consigo una cierta estabilidad, de ahí el carácter poco evolutivo en general del Derecho. Sin embargo, como ya apuntó magistralmente Profer Weil⁶⁴, una longevidad demasiado considerable de la norma acarrearía un divorcio con la realidad. Aunque dicho autor hizo esta afirmación pensando en la realidad «económica», es también aplicable al tema que nos ocupa, el de la subjetividad internacional de las empresas transnacionales, ya que el orden económico actual no se entendería sin ellas. Por otro lado, no conviene olvidar que un sistema jurídico, poco importa cual sea, debe tomar en consideración tanto la estabilidad como la evolución y el progreso, si es que quiere seguir pegado a la realidad⁶⁵. Si esta frase fue lanzada ya en 1938 es porque ya en esos tiempos se veía que el orden internacional se transformaba. Es evidente que esas transformaciones suelen empezar por la vía de los hechos para luego llegar al ámbito jurídico, ya que si se produce una brecha importante entre la teoría y la realidad, el Derecho dejaría de cumplir con sus fines, que son al fin y al cabo regular una realidad social⁶⁶. Por eso, por mucho que a algunos no les guste, hay que afirmar que el Derecho internacional debe ser realista, ya que un sistema jurídico anclado en la utopía sirve para soñar, y quizás para alardear en las aulas o en las conferencias, pero no para regir una sociedad determinada.

Desde esta perspectiva, pensamos que ha llegado el momento de reexaminar a fondo el concepto de la subjetividad internacional de estos importantes actores a nivel internacional para adaptar su per-

⁶⁴ De este autor, cfr. «Le droit international économique mythe ou réalité?», en *Colloque d'Orleans*, 25-27, mai 1971. *Aspects du droit international économique, élaboration-contrôle-sanction*, SFDI, Pedone, París, 1972, p. 8.

⁶⁵ Cfr. BOURQUIN, M., «Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international», *RdC*, 1938-II, p. 409.

⁶⁶ Esta frase es abundantemente utilizada por la doctrina con muchos fines en el ámbito jurídico internacional. Respecto al tema que nos ocupa aquí, cfr. LIM, C.L., «Authority and Personality: Non-State Entities as Law-Givers?», en HARDING, C. y LIM, C.L. (Eds.), *Renegotiating Westphalia-Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*, 1999, pp. 53-63.

sonalidad jurídica, al peso que tienen en el orden económico internacional⁶⁷. Y es que hemos pasado de una época en que estas empresas eran, sí, muy importantes en el plano económico internacional, aunque suscitaban grandes recelos en muchos Estados, a otro en la que los Estados se hacen una fiera competencia para atraer sus inversiones⁶⁸, competencia que se ha reforzado con la globalización⁶⁹ y con la llegada de los grandes y nuevos países denominados «emergentes». Pero es que no sólo en el ámbito estrictamente económico se nota esta evolución sino también en el Derecho internacional en general, ya que como señala Tomuschat, hay que transformarlo en lo que él ha denominado «comprehensive blueprint for social life»⁷⁰. Y es para este autor «la globalización no está confinada sólo al ámbito económico, sino que se ha convertido de un día al otro en un fenómeno que afecta a todas las áreas sociales, que están interrelacionadas entre sí»⁷¹. Si además añadimos el hecho, ya apuntado, de que el Derecho internacional debe ser un Derecho realista capaz de adaptarse a los cambios que se producen en la escena internacional⁷², el camino a seguir es claro.

Partiendo de estas premisas, pensamos, pues, que es necesario reorientar todo lo relacionado con la personalidad jurídica internacional para adaptarla a las nuevas necesidades, tomando en consideración todas las circunstancias que encontramos en la sociedad in-

⁶⁷ A este respecto, A. Clapham señala lo siguiente: «We have an international legal order that admits that states are not the only subjects of international law. It is obvious that non states entities do not enjoy all the competences, privileges, and rights that states enjoy under international law, just as it is clear that states do not have all the rights that individuals have under international law... We need to admit that international rights and duties depend on the capacity of the entity to enjoy those rights and bear those obligations: such rights and obligations do not depend on the mysteries of subjectivity». Cfr. *Human Rights Obligations of Non-State-Actors*, cit., pp. 68-69.

⁶⁸ Cfr. MUCHLINWIKI, P.T., *Multinational Enterprises and the Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, pp. 3 y sgs.

⁶⁹ HOBE, S., «The Era of Globalisation as a Challenge to International Law», 40 *Duquesne University Law Review*, 2002, pp. 658 y sgs.

⁷⁰ Cfr. «TOMUSCHAT, CH., «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», eneral course on Public International Law, RdC, 1999, p. 63.

⁷¹ *Ibid*, p. 41.

⁷² Cfr. CHARNEY, J.I., «Transnational Corporations and Developing Public International Law», *Duke Law Journal*, 1983, pp. 869 y sgs.

ternacional. Por eso, habrá que considerar que una de las funciones principales de la subjetividad internacional debe ser la de servir de herramienta que permita articular y defender los valores esenciales del orden jurídico internacional. Desde este prisma, hay que insistir en el hecho de que el Derecho internacional requiere que se establezca de forma clara entre todos aquellos actores que participan activamente en la sociedad internacional, y las empresas transnacionales lo son, un marco jurídico claro que regule esas relaciones⁷³. Y es que no hay que olvidar que las funciones económicas, sociales y de otro tipo que tiene que llevar a cabo el Derecho internacional sólo podrán en estos momentos llevarse a cabo si se reconoce un mayor reparto de poder entre esos actores. Como ha señalado Klabbbers, es evidente que esto sólo se conseguirá «through subjects doctrine hat the international allocation of values take place»⁷⁴.

Es evidente que la situación actual en relación con la subjetividad internacional de las empresas transnacionales es no sólo insatisfactoria, sino chocante. Que se haya avanzado tanto en el ámbito de la liberalización económica y, por ende de la competencia al hilo de la globalización, y tan poco en cuanto a su subjetividad, revela que algo no está funcionando bien, sobre todo cuando, dejando al margen los Estados, estas empresas son los actores económicos más poderosos⁷⁵. Por lo tanto, un cambio en relación con los sujetos de Derecho internacional parece ser, para algunos, «... a requirement dictated by the *raison du système international* as opposed to the *raison d'Etat* dominating the traditional world of international law»⁷⁶. Y es que a la luz

⁷³ A este respecto, cfr. THURER, D., «The Emergente of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State», en HOFMANN, R. (Ed.), *Non-State Actores as a New Subjects of International Law*, 1999, p. 58. Ver también ESHANOV, D., «The Role of Multinational Corporations from the Neo-institutionalist and International Law Perspectives. The Concept of the Three-Level Game», *New York University Environment Law Journal*, 2008, pp. 110 y sgs.

⁷⁴ Cfr. KLABBERS, J., «I Can't Get No Recognition: Subjects Doctrine and the Emergente of Non-State Actors», en PETMAN, J. Y KLABBERS, J. (Eds.), *Nordic Cosmopolitanism-Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, 2003, p. 369.

⁷⁵ Cfr. CHARNEY, J., «Transnational Corporations and Developing Public International Law», *cit.*, p. 768; y DURUIGBO, E.A., «Multinational Corporation and International Law», *Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*, Transnational Publishers, 2003, p. 203.

⁷⁶ Cfr. THURER, D., «The Emergente of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises...», *cit.*, p. 58. Por otro lado, Chris Okeke ya señalaba en

del peso que tienen las empresas transnacionales en el mundo de las relaciones internacionales, se podría decir que cabe la «presunción» de que podrían considerarse con una mayor capacidad de subjetividad que la que realmente tienen⁷⁷.

Todo esto que acabamos de apuntar en relación con la subjetividad de las empresas transnacionales, requiere sin embargo una precisión. Y es que difícilmente se puede avanzar en este campo sin que previamente se les otorgue un «estatuto jurídico internacional». Si hay hoy en día más de 70.000 empresas transnacionales, según la UNCTAD, no todas merecen tener la subjetividad internacional a la que hemos estado refiriéndonos anteriormente. Y es que, cuando se alude a estas empresas, no nos estamos refiriéndonos a esas empresas que, aunque formalmente hablando sean transnacionales, no tienen el peso suficiente para considerarlas como grandes actores internacionales. Habría por lo tanto que establecer en ese estatuto jurídico los criterios y requisitos pertinentes, para saber exactamente cuando estamos ante una empresa de este tipo o no. Entre esos criterios se podría citar el capital necesario, su cifra de negocios, el número de Estados en el que deberían estar presentes o cualquier otro elemento que revele el grado y nivel de sus actividades. Y es que a nadie se le escapa la diferencia entre una empresa transnacional cuyos negocios sean de unos 100 millones de Euros con otra de 100.000. La primera ni es un actor relevante ni sus actividades parecen plantear riesgos potenciales, pero la segunda sí. Sabemos que se nos podrá reprochar que ese mismo análisis se puede hacer para los Estados, entre los que la desigualdad real entre unos y otros reina por doquier. Sin embargo, mientras que en estos últimos tenemos el concepto de *soberanía*, elemento clave del sistema jurídico internacional, no es posible recurrir a este concepto en el caso de las empresas.

Ya se sabe que numerosos autores, sobre todo originarios de países del Tercer Mundo, se han mostrado contrarios a otorgarles este

1974 lo siguiente: «if international law failed to influence and to regulate adequately the course of international relations, it would have lost its value». Cfr. *Controversial Subjects of Contemporary International Law. An Examination of the New Entities of International Law and their Treaty Making Capacity*, Rotterdam University Press, 1974, p. 217.

⁷⁷ Sobre las presunciones en Derecho internacional, véase la obra de GROSSEN, J.M., *Les presonptions en droit international public*, Editions Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1954, pp. 53 y sgs.

estatuto jurídico, argumentando que eso crearía un fenómeno que permitiría poner a estas empresas al nivel de los Estados. Este pensamiento, sin embargo, no se sostiene, pues implicaría confundir personalidad jurídica con soberanía, dos cosas distintas, pues se puede crear u otorgar esa personalidad internacional sin que sean entes soberanos. Pero es que, además, hoy en día, cuando es más que evidente, y así se reconoce, que el concepto de soberanía tiene un alcance cada vez más relativo, venir invocando viejos prejuicios o querellas pasadas no ayuda mucho a la evolución del Derecho internacional.

4. CONCLUSIÓN

Los problemas referentes a las empresas transnacionales en el ámbito del Derecho internacional no son nuevos, aunque con la globalización, la necesidad de encontrar alguna solución al respecto es más acuciante que nunca, sobre todo en relación con la subjetividad. Constituye una gran incoherencia en el sistema jurídico internacional que los principales actores económicos internacionales tras los Estados, como son estas empresas, no puedan contribuir con toda su fuerza a la evolución del Derecho internacional por su débil capacidad jurídica tanto a nivel activo como pasivo. Esto trae consigo un cierto alejamiento del Derecho internacional de la realidad económica y social internacional, y ya sabemos los problemas que esta clase de situaciones plantea. Si partimos de la premisa de que un reforzamiento de la personalidad jurídica de estas empresas no sólo es posible, sino que es necesario, esto nos permitiría romper con esa famosa frase que pronunciara Kant en 1773, según la cual «on the common saying: This may be true in theory, but it does not apply in practice»⁷⁸.

Esperando, pues, que la teoría y la realidad vayan de la mano, y siendo conscientes del negativo papel que algunas de estas empresas, en este caso financieras, han desempeñado en la actual crisis financiera internacional, es cada vez más urgente regularlas, estableciendo para ellas un estatuto jurídico claro a nivel internacional.

⁷⁸ Cfr. KANT, I., «On the Common Saying: This May Be true in Theory, but It Does Not Apply in Practice», en CAHN, S. (Ed.), *Classics of Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, 2001, p. 792.

LAS MINORÍAS RELIGIOSAS COMO SUJETOS DE DERECHOS EN ESPAÑA: UN SISTEMA DE DESIGUALDAD

JOSÉ M.^a CONTRERAS MAZARÍO

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO:—1. Introducción.—2. Diversidad religiosa en España.—3. Marco constitucional del fenómeno religioso en España: 3.1. Breve reseña histórica de las relaciones Iglesia-Estado; 3.2. La libertad de conciencia y religiosa en la Constitución de 1978: 3.2.1. El principio de libertad de conciencia y de religión; 3.2.2. El principio de igualdad; 3.2.3. El principio de laicidad; 3.2.4. El principio de cooperación.—4. Estatuto jurídico de las minorías religiosas en España: 4.1. Contenido negativo: 4.1.1. Manifestaciones religiosas públicas; 4.1.2. Los lugares de culto y su régimen jurídico; 4.1.3. Los ministros de culto y su estatuto jurídico. 4.2. Contenido positivo: 4.2.1. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas; 4.2.2. La asistencia religiosa en instituciones penitenciarias; 4.2.3. La asistencia religiosa en centros hospitalarios; 4.2.4. De todo lo anterior; 4.2.5. La enseñanza de la religión en centros escolares. 4.3. Contenido «institucional»: 4.3.1. Notorio arraigo; 4.3.2. Los Acuerdos de cooperación: contenido y función promocional; 4.3.3. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa; 4.3.4. El Registro de Entidades Religiosas.—5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el momento actual el «factor cultural» se ha convertido en el elemento bajo el que analizar la realidad de la sociedad, tanto nacional como internacional. Es más, dentro del «factor cultural» en general, el elemento «religioso» aparece como central y catalizador del juicio de valor en la solución de los conflictos. Todo parece poder abordarse o analizarse desde la perspectiva de «lo religioso»: el nuevo orden internacional, las relaciones internacionales, los derechos

fundamentales, la inmigración, los modelos de integración..., sin darnos cuenta que «lo religioso» puede y debe ocupar su espacio, y que por lo tanto no puede ni debe ser desconocido —como en muchas ocasiones sucede—, aunque tampoco debe ser sobrevalorado. En este sentido, me muestro cercano a quines señalan que «la invocación de la religión, la cultura o la civilización como argumento al mismo tiempo defensivo y ofensivo no hace más que reforzar la niebla intelectual en la que el mundo se ve envuelto desde hace una décadas y que nos hace perder de vista cuestiones profanas que están en el juego en cada situación concreta».

Así, por ejemplo, las relaciones internacionales han dejado de plantearse desde el binomio Este-Oeste, incluso Norte-Sur, característico de gran parte del siglo XX¹, para pasar a ser enfocadas o analizadas desde la perspectiva cultural, ya sea mediante la doctrina del choque o conflicto entre culturas o civilizaciones, ya desde el diálogo entre esas mismas culturas o civilizaciones, concretados en el binomio Islam-Occidente. Incluso los conflictos internacionales o internos tienen o se les dota en muchas ocasiones de un componente religioso. Piénsese a este respecto en los conflictos, entre otros, de los Balcanes², Cachemira³, Tailandia, Filipinas, Indonesia, palestino-israelí⁴ o el del Cáucaso, y en concreto Chechenia.

Todos estos elementos han llevado a que, en la actualidad, la identidad religiosa parezca que lo envuelve todo, y así se habla del Occidente judeo-cristiano, del mundo musulmán o UMMA, del Israel judío o, incluso, de la India hindú; al tiempo que parecen haber desaparecido elementos de identidad que hasta hace poco eran utilizados, ya

¹ En los años sesenta algunos expertos o especialistas hablaban de movimientos étnico-nacionales, vinculándolos en la mayoría de las ocasiones con elementos ideológicos. Incluso la Liga Árabe, en su pacto fundacional de 1945, ignoró totalmente el lazo religioso que pueda existir entre las sociedades árabes, todas de mayoría musulmana (excepto, en aquella época, el Líbano). El hundimiento de la Unión Soviética y de las dictaduras de Europa del Este supuso el fin del ciclo revolucionario en el mundo y con él el final de las ideologías, abriendo la puerta al retorno de lo religioso.

² Vid. OTIÑANO VIÑES, J.J. y BERMEJO GARCIA, R., *Los conflictos de los Balcanes*, Ministerio de Defensa, Madrid 2007.

³ Vid. SILVELA DÍAZ-CRIADO, E. y VACAS FERNÁNDEZ, F., *El conflicto de India y Paquistán*, Ministerio de Defensa, Madrid 2006.

⁴ Vid. PECO YESTE, M. y FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El conflicto palestino-israelí*, Ministerio de Defensa, Madrid 2005.

nadie habla de liberales, socialistas, comunistas o nacionalistas con todos los colores que estas etiquetas podían componer. Ahora somos, en primer lugar, laicos «a la francesa» o multiculturalistas «a la anglosajona», o bien judíos, cristianos, musulmanes, hinduistas o budistas. Cuando no mezclamos términos que resultan irreconciliables como puede ser musulmán frente a occidental.

Con todo, —opinamos que— el retorno de «lo religioso» lejos de ser un fenómeno natural, una reacción casi biológica frente a los posibles excesos del laicismo, es un importantísimo fenómeno político que de religioso tan sólo tiene el nombre. Cuando en Occidente se recurre a la religión, ya sea invocando los denominados «valores judeo-cristianos», ya sea arrimándose a los distintos fundamentalismos de las iglesias americanas, lo que hace no es tanto retornar a lo religioso como echar mano de la religión con el fin de dotar de legitimidad a una acciones políticas que de otra manera carecerían totalmente de ella en el orden internacional⁵. Y otro tanto cabe decir respecto del auge del fundamentalismo islámico que sirve a menudo colectivamente en el mundo árabe como matriz identitaria para una reacción política antioccidental de características profundamente profanas.

En todos estos casos lo que se detecta es una confusión o mezcla inextricable en conceptos como pueblo, raza, nación, civilización, cultura y religión. Todos ellos se convierten en intercambiables según el público al que uno se dirige o según los nuevos sistemas de valores políticos, o incluso económicos, que se pretenden establecer. Y es verdad que en momentos concretos de la historia algunos, o todos, de los citados términos se han confundido, pero en la actualidad las sociedades son el resultado de realidades heterogéneas, tanto desde un punto de vista racial como cultural o religioso.

Permítanme también señalar que para muchos el fanatismo, el integrismo o el fundamentalismo son consustanciales al hecho religioso, descalificándolo sin más de manera genérica. Y es verdad que a lo largo de la historia y hoy mismo pueden encontrarse situaciones o realidades en que las propias religiones hayan contribuido y sigan contribuyendo a confirmar dicha afirmación. Pero también es cierto que muy a menudo se viste como «religioso» actitudes fanáticas que son de índole distinta a la estrictamente religiosa. A este respecto,

⁵ Piénsese en este sentido en la intervención de Irak.

tampoco debemos obviar la responsabilidad que corresponde a los líderes religiosos en esta labor, así como a los lugares de culto. Y dado que ninguna de las grandes religiones enseña que el exterminio de seres humanos sea un camino de salvación, deberían trabajar de manera conjunta por la paz.

2. DIVERSIDAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

En el ámbito estatal, y por poner el ejemplo de España, afrontar la temática de la diversidad religiosa en España nos sitúa ante una realidad muy concreta y específica, próxima temporalmente con la actualidad. No obstante, esta afirmación debe ser precisada, ya que de lo contrario parecería que el pluralismo religioso es algo del momento presente y que está conectado con el fenómeno de la inmigración, cuando ésta última lo que ha hecho es ponernos sobre una realidad que ya existía, aunque de manera «invisible» en la sociedad española.

Desde el punto de vista sociológico, la sociedad española ha tenido a lo largo de estos treinta años una transformación que resulta igualmente significativa. De especial interés son los resultados que comparan la *religiosidad* en 1970, en 1980 y en la actualidad. Si en 1970 un 87% de los españoles se declaraba católico practicante y otro 9% *católico no practicante*, en los años 80 esos porcentajes se ven reducidos al 66% y 19%, respectivamente, mientras que el de indiferentes alcanza el 10% de la población. Por su parte, en una encuesta realizada por el CIS, en febrero de 2008, sobre Religiosidad en España, los datos son los siguientes: el 73,5% de los españoles se declaran católicos, aunque sólo un 26,7% se manifiestan practicantes; al tiempo que un 14,5% se declaran no creyentes y un 9,6% dice ser indiferente.

El crecimiento de las minorías religiosas también resulta significativo a lo largo de estos años. Por señalar sólo algunos datos cuantitativos, basta con reseñar que en la actualidad hay en España más de un millón de personas que son evangélicas y otro que son musulmanas; que más de 700.000 personas son ortodoxas, o que más de 100.000 son testigos cristianos de Jehová.

Todo ello ha tenido lógicamente su reflejo en el proceso de implementación y asentamiento institucional de este pluralismo religioso.

A este respecto, cabe mencionar que si en 1980 el número de entidades religiosas pertenecientes a minorías religiosas alcanzaba la cifra 300, en este momento, y son datos de hoy mismo, dicho número alcanza la cifra de 2.323. Y otro tanto cabe decir respecto a los lugares de culto, los cuales en 1980 alcanzaban el número de 1.102 y en la actualidad superan los 4.000.

Sin embargo, debemos señalar que si a nivel normativo, o al menos constitucional, el discurso clericalismo-anticlericalismo (católicos-ateos) pareció superarse, el mismo sigue estando presente, en muchas ocasiones, a la hora de la gestión de la pluralidad religiosa en España. Una pluralidad que, como se ha puesto de manifiesto, es hoy un dato sociológico incuestionable, y es desde esa perspectiva desde la que se deben adoptar las posibles soluciones a la gestión de la misma por parte de los distintos gestores públicos.

Junto a ello, debemos destacar asimismo que la quiebra del modelo de sociedad unitaria y uniforme en lo social, cultural y religioso producido en España, como consecuencia fundamentalmente de los movimientos migratorios, ha dado lugar a que el mismo haya sido sustituido por un modelo abierto de sociedad multi-intercultural y plurireligiosa, en la que la defensa de los derechos de las minorías se convierte en una exigencia de la convivencia democrática. Ello se ha visto reforzado, en su dimensión cualitativa, por una nueva concepción de los derechos humanos, que ya no toman exclusivamente en consideración al individuo en forma abstracta y aislada, sino también de forma concreta y posicionada, que obliga a valorar igualmente su entorno y las señas de identidad del grupo en el que esos mismos individuos se insertan.

Desde esta perspectiva, la respuesta del Estado ante el fenómeno de las minorías no puede ser el solo reconocimiento de un derecho a la no discriminación, exigiendo además bien la adopción de acciones afirmativas bien de medidas promocionales que permitan el mantenimiento de la identidad del grupo y la conservación de sus tradiciones y costumbres. No obstante, entendemos que un Estado plural y democrático se ve obligado a dar respuesta a estas nuevas realidades, pero debe dársela desde el más estricto respeto a los derechos fundamentales que le sirven de sustento ideológico y de criterio de legitimación.

3. MARCO CONSTITUCIONAL DEL FENÓMENO RELIGIOSO EN ESPAÑA

3.1. Breve reseña histórica de las relaciones Iglesia-Estado

Es tesis comúnmente aceptada que España como Estado nace a partir de la unión de las Coronas de Castilla y Aragón durante el reinado de los Reyes Católicos y es, igualmente, bien conocido que la unidad religiosa fue un elemento utilizado en el reforzamiento del poder real y en la formación del nuevo Estado. El título de *católicos* a los reyes refleja el papel que la religión católica tiene en la formación de la identidad nacional reforzada por la expulsión de judíos y moriscos que acaba con siglos de tolerancia en los reinos de España. Desde este momento, siglos XV-XVI, la confesionalidad será un elemento que defina al Estado y los monarcas españoles se convertirán en decididos Defensores y Protectores de la iglesia y mantendrán, entre sus misiones, contribuir a la salvación de las almas de sus súbditos. La religión se utiliza al servicio de la unidad del Estado como elemento fundamental de cohesión de éste. El poder civil se convierte en el brazo secular del poder eclesiástico y asume la garantía del mantenimiento de la unidad y la ortodoxia religiosa. La Inquisición representa la institucionalización de la intolerancia religiosa a través del control de la pureza de las creencias de los súbditos y la garantía de las conversiones de judíos y moriscos primero y la persecución de protestantes después.

Hasta la primera mitad del siglo XIX ser «cristiano viejo» será condición exigible para ocupar cargos públicos. Todo ello conduce a que durante siglos, ser cristiano —cuanto más «viejo», mejor— sea un elemento que se incorpore a la propia definición de «ser español», es decir no se puede «ser español» sin ser católico. No cabe la disidencia religiosa y el Estado persigue la heterodoxia religiosa y también ideológica porque lo decisivo del apoyo del Estado a la religión católica, es el beneficio que obtiene en forma de control social y político mediante la unidad ideológica. Esta es la característica típica de los llamados «modelos de utilidad»: el Estado confiesa una religión y asume su protección excluyendo cualquier otra y a cambio, la religión oficial proporciona al Estado unidad ideológica y control social. Esta es la situación que conoce el modelo español hasta la constitución vigente con las dos excepciones que representan las breves experiencias republicanas cuando, como reacción al dogmatismo ideo-

lógico y religioso, se ensayan modelos separatistas y con fundamentos ideológicos claramente anticlericales.

Esta tensión se percibe en los distintos modelos constitucionales del siglo XIX en los que la confesionalidad del Estado será una constante, más o menos dogmática, compatible o no con la tolerancia de otros cultos, y en los que será la presión del reconocimiento de la libertad de imprenta y pensamiento lo que permita la primera declaración de libertad religiosa de la Constitución de 1869, calificada de vergonzante, por cuanto la libertad se reconoce originariamente a los extranjeros y solo después y por extensión a los españoles «que no profesaren la religión católica». Con ello se está dejando de manifiesto una realidad: a finales del siglo XIX los españoles no católicos eran una minoría insignificante. La equivalencia entre ser español y ser católico aún era casi total en la sociedad española. Pero veamos con más detalle cómo la historia constitucional española se caracteriza en materia religiosa por la adopción de una declaración de confesionalidad católica y de intolerancia para las demás confesiones o credos religiosos de manera que la existencia de otras confesiones o grupos religiosos en España es prácticamente inexistente, y que, como se dijo, se vinculara la partencia a otras religiones con el hecho de ser extranjero.

La historia contemporánea de España en materia religiosa puede ser calificada de confesional, de una confesionalidad radical, doctrinal o sociológica —según las ocasiones—, que va de la intolerancia más absoluta a una cierta permisibilidad privada de los cultos distintos al oficial que es el de la Religión Católica. Todo el constitucionalismo español del siglo XIX se caracteriza en materia religiosa por la adopción de una declaración de confesionalidad católica y de intolerancia para las demás confesiones o credos religiosos. Durante este siglo la existencia de otras confesiones o grupos religiosos en España es prácticamente inexistente, lo que se muestra en el hecho de que sólo a los extranjeros, y por influencia de éstos, se permite profesar una religión distinta a la católica, que es la oficial del Estado.

En el período que transcurre entre 1808 y 1868 se produjeron algunos intentos de establecer una cierta tolerancia religiosa, que permitiera superar la confesionalidad doctrinal del Estado establecida en la Constitución de 1812; en concreto el artículo 12 establecía que

«La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

Se trata de un texto claramente intolerante que contrasta, y sorprende, con el resto del articulado, en el que se contienen elementos muy avanzados y progresistas, como son el elemento de la separación de poderes y la proclamación de que la soberanía reside en la Nación (art. 3).

En dicho proceso de superación, la Constitución de 1837 supuso un avance al vincularse la declaración de confesionalidad católica no con el aspecto doctrinal, sino con elementos de carácter sociológico, y en esta medida con los españoles y no con la Nación española. El artículo 11 establecía que

«La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles».

Dicho distanciamiento con la religión católica tuvo su origen en la política desamortizadora que se llevó a cabo y que culminó con el cierre de la Nunciatura Apostólica de Madrid.

Una vuelta a postulados de confesionalidad doctrinal católica se produjo de nuevo con la Constitución de 1845, y con ella una marcha atrás respecto a avances producidos anteriormente. Así, su artículo 11 disponía que

«La religión de la nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros».

Dicho retroceso en la evolución iniciada en 1837 hacia una cierta tolerancia religiosa, se vio además corroborado con un acercamiento a la Santa Sede y con él la celebración por ambas partes del Concordato de 1851. Un Concordato que introducía una declaración de confesionalidad católica de carácter excluyente, junto con una amplia recepción del Derecho de la iglesia católica. En concreto, en el artículo 1.º se establecía que

«La religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto sigue siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S.M. Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones».

Un mayor grado de apertura se encuentra en la Constitución de 1869, en tanto que la misma es reflejo de la revolución septembrina y la plasmación normativa más clara de los postulados del liberalismo. La cuestión religiosa se reguló en el artículo 21 de la misma, admitiéndose el culto privado y público de todos los cultos, al tiempo que se hizo desaparecer de su contenido toda declaración de confesionalidad. El artículo 21 rezaba:

«La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.

El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitación que las reglas universales de la moral y del Derecho.

Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

Se admite de este peculiar modo y por primera vez la posibilidad de la existencia de españoles no católicos y se les conceden y garantizan ciertos derechos, que suponen algo más que una simple postura de tolerancia, por ser expresión clara de una cierta libertad de cultos que pueden ser ejercitados pública o privadamente. Más aún, cuando además se sanciona la imposibilidad de discriminación de los españoles en sus derechos civiles y políticos por motivos religiosos (art. 27)⁶. No obstante, debe precisarse que más que desde un punto de vista práctico, dado el escaso tiempo de vigencia que tuvo, el presente período si representó un punto de inflexión en el planteamiento teórico del tratamiento de las minorías religiosas en España. Un tratamiento que pasaría a ser de mera tolerancia religiosa con la Constitución de 1876, al establecerse en el artículo 11 de nuevo una declaración de confesionalidad católica, a saber:

«La religión católica, apostólica, romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por el ejercicio de sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana.

⁶ Art. 27, párrafo 2: *«La obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesan los españoles».*

No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado».

Consecuencia de ello será la prohibición de las ceremonias y manifestaciones públicas que no sean las de la religión católica, y por ende que los españoles que profesan dichas confesiones sólo puedan ejercer su libertad religiosa de manera privada y limitada por la confesionalidad católica del Estado.

En definitiva, la conexión entre confesionalidad católica y Nación que se produce a lo largo del constitucionalismo español del siglo XIX se realiza sobre la base de una idea de España, a cuya esencia como tal Nación, corresponde al ser católico de forma que quien no lo sea no está en sintonía plena con ese ser de España. Ello se observa, a pesar de ser el más tolerante, de manera clara en el texto del precepto de la Constitución de 1869, donde el elemento de profesión de otra religión distinta de la católica se vincula directa y primariamente con ser extranjero. Este mismo planteamiento va a estar presente, en el siglo XX, en el concepto de nacional-catolicismo que informa el Régimen franquista. Aunque el modelo se vio precedido de la segunda experiencia republicana que, a pesar de operar con principios de libertad, igualdad y separación iglesia-Estado, se proyectó sobre una sociedad en la que la pervivencia del elemento religioso católico era aún muy fuerte y el choque con algunos de los postulados republicanos condujo a una radicalización en las respectivas posiciones que acabaron con el enfrentamiento bélico.

El mayor nivel de libertad religiosa en nuestra historia se sitúa con el advenimiento de la II.^a República y la Constitución de 1931, donde por primera vez se adopta el que el Estado no tenga religión oficial (art. 3) y se reconoce, desde el primer momento⁷, el derecho a la libertad de conciencia. En concreto, en el artículo 27 se establecía que:

⁷ Decreto de 14 de abril de 1931, por el que se aprueba el Estatuto Provisional del Gobierno Provisional, párrafo 3: «*El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas*». Esta libertad de culto fue, posteriormente, regula en el Decreto de 22 de mayo de 1931, en cuyo artículo 3 se disponía que «*Todas las confesiones están autorizadas para el ejercicio, así privado como público, de sus cultos, sin otras limitaciones que las impuestas por los reglamentos y Ley de Orden Público*».

«La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento del Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros».

No obstante, dicha posición es combinada junto con la adopción de medidas de carácter propiamente laicista, como son algunas de las establecidas en el artículo 26 del propio texto constitucional, a saber:

«Todas las confesiones serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado, sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes constituyentes y ajustada a las siguientes bases:

1.ª Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado.

2.^a Inscripción de las que deban subsistir en un registro especial dependientes del Ministerio de Justicia.

3.^a Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.

4.^a Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.

5.^a Sumisión a todas las leyes tributarias del país.

6.^a Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la asociación.

Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados».

Ello tuvo su reflejo asimismo en la propia legislación ordinaria⁸ o respecto de la regulación reglamentaria⁹. La materia religiosa fue relegada al ámbito individual y de lo privado, y enmarcada esencialmente en el plano de la igualdad, ya que si bien se parte de una manifestación característica de los modelos neutrales como es la separación entre Iglesia y Estado, el modelo se fue inclinando hacia posiciones más beligerantes con el hecho religioso público en general, y con lo que significaba la Iglesia católica en particular, sobre todo por lo que respecta a dos ámbitos concretos como son la educación y el comercio, al ver en el culto y en sus manifestaciones públicas un hecho incompatible con la paz y la convivencia sociales, y por tanto contrario a los fines del Estado.

Dentro del principio pendular en el que se han basado las relaciones Iglesia-Estado en España, el fin de la República y la llegada del Régimen franquista supuso una vuelta a la confesionalidad del Estado, en esta ocasión marcada y orientada por el binomio unidad religiosa-unidad nacional. No se trató sólo de establecer a la religión católica como la oficial del Estado, sino de crear y mantener un sis-

⁸ Cfr. Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931; Ley sobre el Divorcio, de 2 de marzo de 1932; Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932; Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiástico del Ejército, de 30 de junio de 1932; Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Ordenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933.

⁹ Decreto de 22 de mayo de 1931; Orden circular de 14 de julio de 1932 de ejecución de la Ley de 30 de junio de 1932; Decreto de 1 de agosto de 1932 de ejecución de la Ley de 24 de noviembre de 1931.

tema basado en la unidad religiosa como factor consustancial a la propia esencia y coexistencia nacional, dando lugar a lo que se ha llamado el «nacional-catolicismo». Nuevamente se recuperan nuestras «esencias históricas» y se utiliza la religión como elemento configurador del Estado y aglutinador de la sociedad. Dicho modelo se expresó normativamente en algunas de las leyes que conformaron las llamadas «Leyes Fundamentales del Reino». Así, cabe destacar los artículos 6 y 33 del Fuero de los Españoles, de 18 de julio de 1945; el artículo 1.º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1946; el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 18 de mayo de 1958, y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967.

Desde el punto de vista del principio modulador del sistema, cabe señalar que el artículo 6 del Fuero de los Españoles formuló una declaración de confesionalidad católica por parte del Estado español, al tiempo que autorizaba una tolerancia privada en favor de las demás confesiones. El mencionado precepto rezaba:

«La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado española, gozará de la protección oficial.

Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión católica».

Una confesionalidad que puede y debe ser calificada de doctrinal, y no de mera constatación de los hechos (o sociológica), lo que suponía someter al Estado y a su Derecho a los dictados del magisterio católico. A este respecto resulta significativo lo dispuesto en el Principio II de la LPMN, según el cual

«La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

Ello trajo consigo que el hecho religioso fuera sometido durante este período a un derecho especial favorable para la Iglesia católica, basado fundamentalmente en la celebración de normas pacticias¹⁰,

¹⁰ Cfr. Convenio de 1950 y Concordato de 1953.

al tiempo que resultaba perjudicial e intolerante para el resto de las confesiones, así como para los no creyentes. En este ámbito merece especial mención la celebración entre el Estado español y la Santa Sede del Concordato de 1953, no sólo por su significado como modelo de relaciones Iglesia-Estado, basadas en los principios del Derecho público eclesiástico, sino también porque supuso —junto al Tratado de Amistad con Estado Unidos— un apoyo para la apertura del régimen al exterior y superar así el aislamiento internacional. El Concordato ratifica la confesionalidad católica del Estado (art. 1) y establece una serie de derechos y prerrogativas a favor de la Iglesia católica, entre los que se encuentran el reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica y la exención de clérigos y religiosos del sometimiento a la jurisdicción civil (privilegio de fuero); el reconocimiento de plena eficacia civil al matrimonio canónico y competencia a la jurisdicción eclesiástica en las causas referentes a dichos matrimonios; el establecimiento de la enseñanza de la religión católica como materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes; el sostenimiento económico por parte del Estado de la Iglesia católica, así como la exención de impuestos y contribuciones, y la garantía de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Por su parte, las confesiones no católicas vivieron durante el presente período un régimen legal de tolerancia, que se caracterizó por considerar que la única verdad era la religión católica, que era la profesada oficialmente, y que cuando exista algún otro grupo religioso diferente al de la religión oficial el comportamiento a mantener es el de tolerarlo, pero sin olvidar en ningún momento que dichos grupos están en el error.

Pero la falla del sistema se produjo con la evolución que en materia religiosa tuvo lugar en el interior y por parte de la propia Iglesia católica. En efecto, en 1965 finaliza el Concilio Vaticano II y con él, entre otras, la aprobación de la Declaración «*Dignitatis Humanae*», lo que supuso el reconocimiento por parte de la Iglesia católica de la libertad religiosa como derecho natural del hombre dentro de una sociedad civil, lo que era entendido como que nadie pueda ser obligado a obrar contra su conciencia ni se impida a nadie que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos¹¹.

¹¹ Declaración «*Dignitatis Humanae*», núm 2.

Esta nueva situación conciliar provoca en el seno del Estado español la toma de medidas, sobre todo a nivel legislativo, para una acomodación e inclusión del mencionado derecho humano. Resulta significativo a este respecto la toma de posición del Jefe del Estado, para quien no resulta necesaria una reforma sustancial, ni tan siquiera del Fuero de los Españoles que sólo se modificó en el párrafo segundo del citado artículo 6¹², dado que «su espíritu, basado en un personalismo cristiano, equilibrado por la idea del bien común, es permanente». Desde este planteamiento, la reforma que se llevó a cabo fue parcial y de carácter minimista, continuando plenamente vigentes otros preceptos contenidos en las Leyes Fundamentales, como el artículo 33 del propio Fuero de los Españoles¹³ y el mencionado Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional.

Igual sucedió con la norma legal de desarrollo, la Ley reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, de 28 de junio de 1967¹⁴, de marcado carácter tolerante y que afectó sólo a los grupos no católicos, los cuales fueron sometidos al Derecho privado por medio de la creación de la figura de las «asociaciones confesiones». Aunque la Ley reconoce el derecho a la práctica y profesión, privada y pública, de cualquier religión, declara al mismo tiempo que dicha libertad «*ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales*» (art. 1), por lo que se está en presencia —como señala FERNÁNDEZ-CORONADO— de «un bien jurídico fundamental protegido, la religión católica, y un bien secundario, las demás confesiones»¹⁵.

En definitiva, puede afirmarse que durante toda esta etapa sigue presente la confesionalidad como principio básico de las relaciones Iglesia-Estado, y ello a pesar de las modificaciones tanto mediatas, Concilio Vaticano II, como inmediatas, de carácter constitucional,

¹² Art. 6 FE: «El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral y el orden públicos».

¹³ Art. 33 FE: «El ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrán atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España».

¹⁴ Ley 44/1967, de 28 de junio (B.O.E. n.º 156, de 1 de julio de 1967, pp. 9191-9194).

¹⁵ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., «La tutela penal de la libertad religiosa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II (1986), pp. 39-40.

art. 6 del FE, como legislativo, Ley de Libertad Religiosa, llevadas a cabo. Aunque en esta última etapa se produjo una clara variación desde el régimen de tolerancia al de libertad religiosa, sigue existiendo una inadecuada realización de este principio en base a la peculiar comprensión por nuestro ordenamiento de la relación libertad religiosa-confesionalidad, y por la que cede la primera a favor de la segunda. Se erige a la religión católica como límite de la libertad religiosa, lo que sin duda supone una quiebra para la consecución de una real y efectiva aplicación de la misma, tanto desde la perspectiva del culto público, como desde el plano del derecho individual.

La consecuencia que ello tiene desde el punto de vista de la realidad social española es la pervivencia de la idea de que los españoles somos católicos y que la pluralidad religiosa, al tiempo de aprobarse la Constitución, seguía siendo, un siglo después, casi un exotismo. Siglos de confesionalidad habían consolidado una sociedad muy homogénea en cuanto a la religión profesada de manera que el movimiento social se produjo hacia el agnosticismo o el ateísmo o simplemente hacia la mera indiferencia respecto de lo religioso que hacen que el proceso social más evidente sea el de la secularización y no el del pluralismo religioso. Con el tiempo, el desarrollo de las libertades individuales y, en los últimos años, el amplio crecimiento de la población inmigrante alumbrarán una situación de real pluralismo religioso y de creencias en nuestra sociedad. No es desdeñable que, de nuevo, la pluralidad religiosa en España se vincule al extranjero lo que da lugar a una las reflexiones que este informe pretende provocar: la nueva sociedad plural española no puede seguir vinculando ser español y ser católico, circunstancia que es más evidente en la misma medida que los inmigrantes dejan de ser extranjeros lo que obliga a construir una identidad plural en lo que lo importante sea el sentimiento de pertenencia a esta sociedad, de formar parte de ella. Y en ese proceso la religión no puede ser obstáculo sino, justamente, un factor de cohesión y articulación social.

3.2. La libertad de conciencia y religiosa en la Constitución de 1978

La entrada en vigor de la CE supuso un profundo proceso de renovación del ordenamiento jurídico para acomodarlo a una nueva configuración de España como Estado social y democrático de De-

recho (art. 1.1). En el nuevo contexto que supone la CE de 1978, caracterizado por el consenso y la superación de las quiebras históricas de la «cuestión religiosa» en España, se debe traer a colación un conjunto de principios informadores de las relaciones del Estado con el fenómeno religioso. Estos principios vienen determinados por el reconocimiento y tutela de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1), por la garantía de la igualdad de todos ante la ley, sin discriminación alguna por motivos religiosos (art. 14), y por que «ninguna religión [tenga] carácter estatal» (art. 16.3). Se pueden, por tanto, destacar como principios constitucionales informadores específicos en materia religiosa los siguientes: a) la libertad de conciencia, b) la igualdad en materia de convicciones, c) la laicidad del Estado y d) la cooperación con las confesiones y comunidades religiosas.

No obstante, en la actualidad, más que hablar de la configuración del fenómeno religioso dentro del sistema político de un país, y aunque se pueda seguir hablando de manera genérica de las relaciones entre el Estado y los grupos religiosos, dicha temática ha sufrido una importante transformación que viene dada y materializada por la posición que el Estado adopte en la protección de los derechos fundamentales, y en especial en relación al derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. Por ello, más que hablar del fenómeno religioso en la Constitución española de 1978, el estudio que debe afrontarse es el relativo a la configuración de la libertad de conciencia y religiosa en el marco de dicho Texto Magno. A este respecto, cabe precisar que la entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso un cambio profundo en la concepción del Estado español con respecto al modelo inmediatamente anterior, basado en el principio de confesionalidad católica de carácter doctrinal.

De la lectura de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 16 de la CE pueden deducirse como principios informadores específicos de la «cuestión religiosa» los siguientes: la libertad religiosa, la igualdad religiosa, la laicidad del Estado y la cooperación con las confesiones religiosas¹⁶.

¹⁶ En relación al iter constitucional en materia religiosa, vid. LLAMAZARES, D. y SUÁREZ PERTIERRA, G.: «El fenómeno religioso en la nueva Constitución de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 61 (1979), pp. 7-34.

3.2.1. *El principio de libertad de conciencia y de religión*

La libertad de conciencia ha adquirido, en el ámbito constitucional y por lo que al sistema político español en materia religiosa se refiere, una doble perspectiva: como principio informador básico del sistema jurídico español, determinante del peculiar modelo de relación Estado-libertad de conciencia, la primera, y como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental, la segunda.

Desde la primera de las perspectivas se ha precisado que la libertad de conciencia y religión se concreta en «*un principio de organización social y política que contiene una idea de definición del Estado español*». Ello supone la asunción por parte del Estado de la libertad de conciencia como principio básico informador del sistema político en materia religiosa, lo que conlleva un doble contenido: negativo el primero, y positivo el segundo. Así, desde el primero de los caracteres definidores del Estado, el aspecto negativo, la libertad de conciencia supone una determinada actitud de los poderes públicos frente al fenómeno religioso, que se traduce en una incompetencia por parte de aquéllos en materia religiosa, tanto en orden a imponerse mediante coacción o sustitución a los individuos, como en orden a coexistir o concurrir con estos últimos en tanto que posibles cotitulares del acto de fe o en la práctica de la fe religiosa, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas.

Todo ello tiene como consecuencia más inmediata una absoluta incompetencia por parte de los poderes públicos a la hora de realizar una posible declaración de confesionalidad, incluso de carácter sociológico, ya que la misma supondría un acto de concurrencia con los ciudadanos españoles en la adopción de sus propias ideas, creencias o convicciones ideológicas o religiosas incompatible con el principio de libertad de conciencia. E igual solución es aplicable respecto de otras formas de resolver el acto de fe, como pueden ser las de contenido negativo (ateísmo), agnóstico o indiferente, ya que también en estas situaciones el Estado estaría coaccionando, sustituyendo o concurriendo con aquéllos en tanto que titular del acto de fe, toda vez que dichas opciones significan necesariamente plantearse la competencia ante dicho contenido y resolverla mediante un acto de aspecto, en este caso, negativo.

En consecuencia, la adopción de la libertad de conciencia como principio definidor del Estado español prohíbe a éste, además de cualquier coacción y sustitución, toda concurrencia o coexistencia

junto a sus ciudadanos en calidad de sujeto activo de actos o actitudes de tipo ideológico o religioso. El Estado se define en nuestro actual sistema político sólo como Estado, cuya función no es otra que la garantía del derecho fundamental de las personas a la libertad de conciencia y religión.

Una segunda consecuencia de carácter igualmente negativo estriba en el hecho de que los poderes públicos no puedan obligar a nadie, en cualquiera de las modalidades en que éstas se produzcan, a declarar sobre su fe, su religión, sus creencias o sus convicciones ideológicas o religiosas¹⁷. Si dicho contenido representa la regla general, debe precisarse —no obstante— que la tutela de la presente facultad no puede entenderse como absolutamente incompatible con la práctica de que respecto de determinadas materias (enseñanza de la religión o asistencia religiosa, entre otras) los poderes públicos puedan preguntar sobre las ideas, creencias, convicciones o religión profesadas, aunque ello tan sólo podrá justificarse a fin de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, en este caso el de libertad de conciencia, y sin que se pueda establecer o producir discriminación alguna ni por la manifestación efectuada ni por la ausencia de la misma.

Junto a ello, se debe señalar que no todo comportamiento de los poderes públicos debe ser de carácter abstencionista ante la libertad de conciencia, con lo que cabe hacer referencia igualmente a un aspecto positivo de la misma. A este respecto, la Constitución de 1978 encomienda a los poderes públicos una función positiva, que se concreta —por un lado— en una acción dirigida a la remoción de obstáculos y —por el otro— en una actividad promocional de la libertad, y en esta ocasión de la libertad de conciencia¹⁸. Dicha función se debe traducir en la existencia de una actividad jurídica reguladora del ejercicio social del derecho fundamental a la libertad de conciencia con el fin de garantizar las condiciones sociales objetivas para que el mencionado derecho fundamental quede no sólo reconocido y tute-

¹⁷ Artículo 16.2 CE: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

¹⁸ Artículo 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los individuos en la vida política, económica, cultural y social».

lado, sino además promovido. Por consiguiente, cabe señalar que el Estado español no encuentra tan sólo en la libertad de conciencia un principio limitativo de actuación, sino por el contrario un valor de la máxima extensión de la libertad, admitiendo nuestro sistema constitucional en materia religiosa la aplicación del axioma: «máxima libertad posible, mínima restricción necesaria». Acción directa del Estado que se concreta en el llamado «Estado asistencial», el cual consiste no sólo en obligar a hacer, sino que el mismo hace, lo que se manifiesta —por lo que a la presente temática se refiere— en dos campos de actuación directos, a saber: en la libre formación de la conciencia y en el libre desarrollo de la personalidad humana.

3.2.2. *El principio de igualdad*

El artículo 14 de la CE garantiza la igualdad ante la ley, entendida ésta tanto «en la ley» como «de la ley»¹⁹, al tiempo que acoge su aspecto negativo de no discriminación²⁰. La igualdad se configura, por tanto, además de como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental, en un elemento que viene a completar y profundizar los derechos de libertad, por lo que se ha afirmado que el principio de la igualdad deviene en el adjetivo de la libertad, y en concreto de la libertad de conciencia, convirtiéndola en «el adjetivo de la capacidad jurídica y de obrar de todos los individuos, en tanto que titulares del mencionado derecho fundamental»²¹. Desde esta perspectiva, la igualdad se constituye en un principio genérico que tiene como correlato, también genérico, la prohibición de toda discriminación que pretenda justificarse en una razón que como la ideológica o la religiosa suponga, en la hipótesis de aceptarla, la quiebra de la condición de persona, como titular común, radical y paritario de los derechos fundamentales en el que todos los miembros de la sociedad coinciden y participan igualmente.

¹⁹ Cfr. STC 103/1983, de 22 de noviembre [B.J.C. n.º 32 (1983), pp. 1529 y ss.], fundamento jurídico 5.

²⁰ Artículo 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El subrayado es mio.

²¹ LLAMAZARES, D., «Actitud de la España democrática ante la Iglesia», en *Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos (Experiencias española e italiana)*, EDERSA, Madrid 1987, p. 148; idem: *Derecho de la libertad de conciencia*, cit., pp. 246-254.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que «el artículo 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de «igualdad ante la ley», ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo (...)»²². Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias [igualdad en la ley], y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota. También ha sido dicho que la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales [igualdad de la ley]. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho iguales cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro haya de considerarse falta de un elemento racional – y sea, por ende, arbitraria – por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son igualdad si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional»²³.

De todo ello se puede deducir que la garantía del principio de igualdad religiosa supone la ausencia de todo trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de su ideología, creencia o convicción, así como gozar de un igual disfrute del derecho fundamental de libertad de conciencia²⁴. Sin embargo, dicho trato no debe entenderse como uniformidad²⁵, sino como proporcionalidad cualitativa, lo que supone no la existencia de un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca²⁶. Por tanto, es posible dar a los individuos un tratamiento diverso que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con carácter de superiores del ordenamiento jurídico, como son la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE).

²² Cfr. STC 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 2.A.

²³ STC 103/1983, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 5.

²⁴ Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1.

²⁵ Cfr. STC de 2 de julio de 1981 [B.J.C. n.º 4 (1981), pp. 249 y ss.], fundamento jurídico 3.

²⁶ Cfr. STC de 10 de julio de 1981, fundamento jurídico 4.

Junto a ello, el artículo 14 CE establece, además, una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas²⁷, entre las cuales se encuentra la distinción de trato jurídico por razón religiosa, prohibiéndose toda desigualdad de trato legal que sea injustificada por no ser razonable²⁸. En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que *«la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»*²⁹. Por consiguiente, sólo puede aducirse la quiebra del principio de igualdad jurídica cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones de hecho entre los sujetos afectados por la norma, se produzca un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada basada en razones de creencias o convicciones ideológicas o religiosas³⁰. Partiendo de lo anterior, podemos definir la discriminación religiosa como la prohibición de cualquier acción de distinción por motivos religiosos que suponga un menoscabo o extinción en la titularidad y en el ejercicio del único y mismo derecho de libertad de conciencia y del resto de los derechos fundamentales³¹. Ahora bien, la prohibición de discriminación no puede identificarse con la total prescripción de los elementos distintos que

²⁷ Cfr. STC 103/1983, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 5.

²⁸ Cfr. STC de 10 de noviembre de 1981 [B.J.C., n.º 7 (1981), pp. 513 y ss., fundamento jurídico 5, y voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Díez PICAZO, *cit.*, pp. 515-516.

²⁹ SSTEDH de 27 de junio de 1968 y de 27 de octubre de 1975, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia (1959-1983)*, Congreso de los Diputados, Madrid 1984, pp. 67 y ss., y 271 y ss., respectivamente.

³⁰ Cfr. SSTC de 10 de julio y 30 de marzo de 1981.

³¹ En esta línea, resulta esclarecedor la definición dada en el art. 2.2 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, según el cual *«A los efectos de la presente Declaración, se entiende por «intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones» toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales»*.

Similar redacción se contiene en el art. 2 de la Convención sobre la Discriminación Racial.

Desde el punto de vista doctrinal, RECASENS SICHES la definió como *«toda distinción perjudicial a pretexto de hechos no imputables al individuo y que deben ser irrelevantes desde el punto de vista socio-jurídico o a pretexto de pertenecer a categorías*

puedan afectar a los sujetos, ya que «*el ordenamiento constitucional [lo que] prohíbe —como pone de manifiesto SUÁREZ PERTIERRA— [es], en efecto, la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas. Y la diferenciación se distingue de la discriminación precisamente porque la primera se fundamenta en unos motivos de carácter subjetivo que no existen en la segunda*»³².

En consecuencia, cabe afirmar que la tutela del principio de igualdad religiosa no implica necesariamente que todos los españoles hayan de profesar o mantener las mismas creencias o convicciones religiosas o ideológicas, ni que deba tratarse a todos los ciudadanos de igual manera por lo que a sus ideas, creencias o convicciones se refiere. Su configuración como principio supone más bien que la titularidad, en igualdad de calidad y de trato ante (en y de) la ley, del derecho de libertad de conciencia forma parte del común acervo y radical patrimonio jurídico del ciudadano español. En este sentido, la igualdad religiosa ante la ley significa, en palabras de VILADRICH, «ser iguales titulares del mismo derecho de libertad religiosa»³³, a lo que LLAMAZARES extendería al derecho de libertad de conciencia³⁴. A modo de conclusión, se puede afirmar que la igualdad jurídica del artículo 14 de la CE se caracteriza por ser una «igualdad formal» y «relativa» basada en el principio de «proporcionalidad» que se plasma en el correlato negativo de la «no discriminación», en contraposición con una «igualdad material» y «absoluta».

Es preciso destacar, finalmente, que no se agota en el contenido hasta ahora reseñado el alcance del principio de igualdad, resultando necesario conectar el mencionado artículo 14 de la CE (al igual que hacíamos respecto de la libertad) con el artículo 9.2 de la misma. Dicho precepto viene a completar y profundizar el principio de igualdad jurídica al proponer el paso de su aspecto formal al de un aspecto sustancial, el cual se manifiesta en un doble contenido: como acción tutelar o defensiva del principio de igualdad, el primero, y como ejercicio de las acciones necesarias para imponer efectivamente la igualdad, el segundo. Este doble contenido supone, a su vez, dos actuaciones de naturaleza distinta por parte de los poderes públicos:

colectivas genéricas» (cit. *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México 1975, p. 591). Cfr. VILADRICH, P.J. «Ateísmo y libertad religiosa...», *cit.*, p. 72.

³² SUÁREZ PERTIERRA, G., «Artículo 14», *cit.*, p. 286.

³³ VILADRICH, P.J., «Ateísmo y libertad religiosa...», *cit.*, pp. 72 y ss.

³⁴ LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, *cit.*, pp. 250-254.

una negativa y otra positiva. La actividad positiva exige una intervención de los poderes públicos dirigida a la promoción de las condiciones necesarias para que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos donde se integran sean reales y efectivas.

Mientras que negativamente, dicha actuación se ejercerá a través de un proceso de remoción de aquellos obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad y/o de la libertad. Ambas funciones son parte integrante de una misma garantía positiva en la protección de la igualdad y de la libertad, y ambas pueden y deben ser ejercidas por los poderes públicos. Ello ha dado lugar a actividades a través de las cuales el Estado se ha planteado la superación de desigualdades o desventajas de grupos concretos presentes en la propia situación de la sociedad, adoptando para ello medidas de discriminación positiva que, sin embargo, por aplicación del presente precepto no pueden entenderse como vetadas por el ordenamiento jurídico por ser contrarias al principio de igualdad.

3.2.3. *El principio de laicidad*

El tercero de los principios informadores de nuestro sistema político en materia religiosa es la laicidad³⁵, el cual supone para el Estado español que las ideas, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas en sí mismas consideradas no pueden entrar a formar parte de su propia naturaleza. Junto a ello, debe precisarse asimismo que, en cuanto que Estado laico, obliga a los poderes públicos a realizar una doble actividad: positiva la primera y negativa la segunda. Desde su aspecto positivo, los poderes públicos se comprometen a estar al servicio de la dignidad humana de sus ciudadanos (art. 10.1 CE), mientras que en su aspecto negativo conlleva a la absoluta incompetencia del Estado, como ente radicalmente no totalitario, ante la cuestión del acto de fe, tanto desde la perspectiva positiva como de la negativa.

Así pues, el principio de laicidad supone la prohibición para el Estado español de convertirse en protector de dogmas, creencias o convicciones religiosas concretas sean cuales fueran éstas, ni poner la vida pública bajo el signo de una o de varias concepciones religiosas específicas, ni asumir una fe, un credo, una creencia o una con-

³⁵ Artículo 16.3 CE: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal».

vicción como única, y ello aunque aquélla fuera la profesada por la mayoría de los ciudadanos o de una parte de la sociedad, ya que cualquiera de dichas actitudes supondría una violación tanto del «principio de igualdad en la libertad de conciencia»³⁶ como del de laicidad. Dentro de este mismo contexto, se debe señalar que la laicidad impide igualmente toda posible confusión entre los fines u objetivos religiosos y los fines u objetivos estatales, lo que veda toda posibilidad de que los valores o intereses religiosos puedan erigirse en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas o de los actos de los poderes públicos³⁷. Ahora bien, la laicidad supone —no obstante— que el factor religioso sea configurado como un valor positivo del bien común de la sociedad española, pero no en tanto que lo religioso en sí mismo considerado, sino concretándose dicha actitud en el reconocimiento, tutela y promoción del derecho fundamental a la libertad de conciencia, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades religiosas.

3.2.4. *El principio de cooperación*

El cuarto de los principios informadores que cabe enunciar es el relativo a las relaciones de cooperación del Estado con las confesiones religiosas³⁸. Debe precisarse, no obstante, que —a nuestro entender— las presentes relaciones de cooperación actúan en nuestro sistema como una técnica instrumental a través de la cual se hace efectivo el derecho a la libertad de conciencia. Y ello no sólo como una opción que se reconoce a los poderes públicos, sino como un mandato imperativo que éstos deben cumplir. Aunque el mantenimiento de estas relaciones de cooperación con las confesiones no resulta en principio incompatible con el principio de laicidad del Estado, sí puede llegar a suponer una importante matización de la neutralidad confesional del Estado español. En este sentido, se debe precisar que las presentes relaciones con las confesiones religiosas, y en concreto en lo que afecta a sus actividades, aquéllas no pueden identificarse con un acto de valoración directa y positiva de los intereses religiosos en cuanto

³⁶ Terminología utilizada por LLAMAZARES en su libro: *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, *cit.*, pp. 260-266.

³⁷ Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1.

³⁸ Artículo 16.3 CE: «(...) Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

tales, ya que esto último —a nuestro entender— resultaría incompatible con la configuración del Estado laico. De todo lo expuesto cabe deducir un concepto negativo de «cooperación», en el sentido de que «cooperar» no puede significar nunca la unión entre las confesiones religiosas y los poderes públicos para la consecución de determinados fines u objetivos comunes, por lo que la única tarea que el Estado español puede valorar positivamente, desde el punto de vista de la cooperación, es la protección y promoción de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de la libertad de conciencia de sus ciudadanos, así como el establecimiento del estatuto jurídico de las confesiones religiosas.

4. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN ESPAÑA

Analizados los principios constitucionales informadores de nuestro sistema político en materia religiosa y de conciencia, vamos asimismo a estudiar de manera detallada aquellas materias que —a nuestro juicio— resultan más relevantes desde el punto de vista de la gestión del pluralismo religioso en la sociedad española. A este respecto, dividiremos el articulado de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa³⁹ (en adelante, LOLR) en tres bloques de materias, a saber: el primero está integrado por aquellas materias relacionadas con el contenido negativo de la libertad religiosa; el segundo tiene que ver con el contenido positivo, mientras que el tercero y último se integrarán aquellas materias que podríamos considerar como más «institucionales».

4.1. Contenido negativo

Dentro del contenido material negativo, quiero hacer mención especial a tres temáticas como son las manifestaciones religiosas públicas, la primera; los lugares de culto y la posibilidad de establecer un régimen jurídico respecto de éstos, la segunda, y los ministros de culto y el establecimiento de un estatuto personal, la tercera.

³⁹ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (B.O.E. n.º 177, de 1880).

4.1.1. *Manifestaciones religiosas públicas*

Por lo que se refiere a la primera de las temáticas reseñadas, esto es, las manifestaciones religiosas públicas, cabe señalar que las confesiones religiosas, como cualquier otro grupo, tienen derecho a reunirse y manifestarse públicamente. Dicho derecho encuentra su amparo en el apartado 1 del artículo 2 de la LOLR, con la única limitación establecida en el art. 3 de esta ley. Sin embargo, sí se puede producir la concurrencia de dos actos en el mismo espacio público y en el tiempo, aunque sea parcialmente. En este caso, la resolución gubernativa no podrá beneficiar a un acto, ya sea religioso, político o de otra índole, frente a otro acto, ya sea éste religioso, político o de otra índole. Así pues, las modificaciones, limitaciones o prohibiciones que establezca la autoridad gubernamental deberán estar justificadas, ya que, de lo contrario, resultarán arbitrarias y contrarias a derecho. Éste fue el caso planteado en la STC 195/2003, de 27 de octubre, donde se analizó el supuesto de una manifestación-concentración —en este caso podríamos entender «política»— y las imposiciones gubernativas impuestas, en concreto las limitaciones en el uso de la megafonía y la prohibición de instalar mesas y una tienda de campaña saharauí o *haima*.

El Tribunal comienza señalando que «el derecho de reunión (...) es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación colectiva de las personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo —agrupación de personas—, el temporal —duración transitoria—, el finalista —licitud de la finalidad— y el real y objetivo —lugar de celebración—»⁴⁰, al tiempo que destaca su función más importante, que no es otra que servir de cauce del principio democrático de participación⁴¹. Junto con ello, precisa, igualmente, que su ejercicio esté sometido al cumplimiento de un requisito previo: el deber de comunicarlo con antelación a la autoridad competente⁴², lo que no debe ser entendido como una solicitud de autorización, «sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa

⁴⁰ STC 195/2003, fto. jco. 3.

⁴¹ Vid. STC 85/1988.

⁴² Vid. STC 36/1982, fto. jco. 6.

pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros»⁴³, dada su eficacia inmediata y directa⁴⁴.

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho que no es absoluto ni ilimitado⁴⁵, pero cuyos límites tampoco pueden resultar absolutos⁴⁶, ni obstruir el derecho más allá de lo razonable⁴⁷, ya que, una vez más, debe ser aplicado el axioma «máxima libertad posible, mínima restricción necesaria». Ello supone, como ha señalado el propio Tribunal, «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos»⁴⁸.

Todo ello lleva a afirmar al Tribunal que «para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso (...) que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente (STC 36/1982, de 16 de junio) en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución»⁴⁹.

Pues bien, la aplicación de estas reglas a las dos prohibiciones gubernativas impuestas —esto es, las mesas petitorias y la *haima*, y el uso de megafonía—, y aunque se trata de aspectos accesorios a la concentración-manifestación —que deben entenderse directamente relacionados con los fines del acto—, lleva al tribunal a manifestar que ambas peticiones «deben entenderse amparadas por el derecho de reunión —en su modalidad de concentración o reunión estática—»

⁴³ STC 66/1995, fto. jco. 2.

⁴⁴ Vid. SSTC 59/1990, fto. jco. 5; y 66/1995, fto. jco. 2.

⁴⁵ Vid. SSTC 2/1982, fto. jco. 5; 36/1982, fto. jco. 6; 59/1990, ftos. jcos. 5 y 7; 66/1995, fto. jco. 3, y ATC 103/1982, fto. jco. 1.

⁴⁶ Vid. STC 20/1990, fto. jco. 5.

⁴⁷ Vid. STC 53/1986, fto. jco. 3.

⁴⁸ STC 195/2003, fto. jco. 4.

⁴⁹ *Ibid.*, fto. jco. 4, final.

y, por tanto, deben ser tuteladas aun cuando dichas instalaciones supongan una temporal ocupación del espacio de tránsito público.

Ello lleva al Tribunal a plantearse seguidamente si las medidas adoptadas violaban o no el derecho de reunión, partiendo y recordando al efecto que las medidas limitadoras deben ser necesarias para conseguir el fin perseguido⁵⁰, así como respetar la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone⁵¹, amén de salvaguardar el contenido esencial del derecho limitado⁵². Por lo que se refiere a la prohibición del uso de la megafonía, y dado que ésta fue tomada por la celebración, ese mismo día, de diversos actos litúrgicos que estaban previstos se celebraran en la basílica adyacente al lugar de celebración de la reunión, el tribunal conviene en que «la prohibición del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los “oficios religiosos” y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados en la plaza, sino temporalmente limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio de otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado en el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental»⁵³. Y tampoco considera que lo vulnere el hecho de que la misma deba acomodarse a los límites marcados en materia de ruidos por las ordenanzas municipales.

Un considerando diferente merecen para el Tribunal las prohibiciones impuestas a la instalación de mesas y de una tienda de campaña o *haima* en el lugar de la concentración. El Tribunal recuerda que «el ejercicio del derecho de reunión, por su propia naturaleza, requiere la utilización de lugares de tránsito público y (...) toda reunión en lugar de tránsito público ha de provocar una restricción al derecho de la libertad de circulación de los ciudadanos no manifes-

⁵⁰ Vid. SSTC 61/1982, fto. jco. 5; y 13/1985, fto. jco. 2.

⁵¹ Vid. STC 37/1989, fto. jco. 7.

⁵² Vid. SSTC 11/1981, fto. jco. 10; 196/1987, ftos. jcos. 4 a 6; 120/1990, fto. jco. 8; 57/1994, fto. jco. 6; y 137/1999, fto. jco. 6.

⁵³ STC 195/2003, fto. jco. 8.

tantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación [STC 59/1990, FJ 8]. En una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación [STC 66/1995, FJ 3], y, por tanto, la prohibición de instalar mesas o una tienda de campaña por los reunidos (...) no puede justificarse en meras dificultades o simples molestias para la circulación de las personas que allí transiten (...), como tampoco es asumible el razonamiento (...) según el cual son los titulares del derecho de reunión quienes tienen que “justificar suficientemente” la necesidad de la instalación de la tienda de campaña, (...) pues es a la autoridad gubernativa a la que le corresponde motivar y aportar las razones que, desde criterios constitucionales de proporcionalidad, expliquen por qué tenía que quedar excluida o limitada la libertad que asiste a los titulares del derecho del art. 21.1 CE para elegir los instrumentos que consideren adecuados para la emisión de su mensaje»⁵⁴.

En consecuencia, el Tribunal, con todos estos argumentos, pone de manifiesto la desproporcionalidad producida entre la restricción gubernativa y el ejercicio del derecho de reunión, al no considerar justificado que de la prohibición se deriven más beneficios o ventajas para el interés general o para la libre circulación de otros ciudadanos que perjuicios sobre el derecho fundamental comprometido con la prohibición, ni considera suficientes que la mera alusión a la libre circulación o a genéricas dificultades para la circulación de personas pueda tenerse como razón fundada y proporcionada.

4.1.2. *Los lugares de culto y su régimen jurídico*

Entrando en la temática de los lugares de culto y su régimen jurídico, dos son las cuestiones esenciales que suelen plantearse, a saber: la cesión de suelo para fines religiosos y su relación con las leyes urbanísticas, la primera, y las licencias de apertura de locales y actividad, la segunda.

1. En el momento actual, y dada la pluralidad religiosa existente en la sociedad española, la temática del acceso a la obtención de terrenos municipales para la edificación de lugares de culto adquiere una notable actualidad. A este respecto, y teniendo en cuenta la nor-

⁵⁴ *Ibid*, fto. jco. 9.

mativa vigente, nada impide que la obtención de terrenos para el cumplimiento del mencionado objetivo pueda provenir de los bienes que integran los patrimonios municipales del suelo, ya sea mediante la transmisión de la titularidad dominical, ya mediante la constitución de un derecho de superficie⁵⁵.

Sin embargo, esta solución no se está produciendo en un número importante de supuestos, viéndose las confesiones abocadas a adquirir (normalmente mediante alquiler) locales donde poder practicar el culto. Locales que sobre todo en el caso de los grupos religiosos minoritarios resultan gravosos y con «dificultades» para su contratación y ubicación. Por ello debe de someterse a reflexión la presente cuestión, así como la conveniencia de dejar sólo en manos de los ayuntamientos la concesión de terrenos. Puede resultar conveniente explorar la posibilidad de que en una norma con rango legal se estableciera, sino con carácter obligatorio si al menos potestativo, dicha concesión⁵⁶.

2. En cuanto a la concesión municipal de licencias de apertura y actividad nos encontramos con una diversidad de normativas municipales que en muchas ocasiones hace imposible saber cuál resulta la aplicable a lugares de culto, al tiempo que las Comunidades Autónomas —que son quienes tienen la competencia sobre materia— no han abordado la regulación en dicha materia, aunque sólo fuera de manera indirecta.

No obstante, cabe señalar que, aunque la jurisprudencia ha fallado en contra de la exigencia de la licencia de apertura referida a actividades industriales y mercantiles a los lugares de culto⁵⁷, como actividad que se realiza de una manera pública le es aplicable a estos lugares la exigencia de cumplir con los requisitos de seguridad, accesibilidad e insonoridad, por lo que resulta conveniente que a estos efectos, y sólo a estos efectos, se estableciera una normativa al respecto, o se equiparara a estos lugares con otros de naturaleza análoga, pero determinada, a fin de acabar con la inseguridad y la discre-

⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ, J.A., *Urbanismo y confesiones religiosas*, Ed. Montecorvo, Madrid 2003.

⁵⁶ Vid. ALEGRE, J.M., «Lugares de culto, patrimonio cultural y libertad religiosa», en *Jornadas jurídicas sobre libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid 2008, pp. 652.655.

⁵⁷ Vid. ALEGRE, J.M., «Lugares de culto...», cit. pp. 657-663.

cionalidad que en muchas ocasiones está presente a la hora de conceder la correspondiente licencia de apertura o actividad. Dicha analogía debería venir determinada no tanto por el número de personas que puedan concurrir a este tipo de actos —aunque sin lugar a dudas habrá que tenerse presente—, cuanto por la naturaleza de la actividad realizada.

4.1.3. *Los ministros de culto y su estatuto jurídico*

La tercera de las temáticas está referida a los ministros de culto y su estatuto jurídico, y como en el supuesto anterior el mismo aparece directamente vinculado con la existencia de un norma pacticia. Ello obliga a afrontar dos cuestiones dentro de la presente temática, como son la relacionada con la norma jurídica más adecuada para desarrollar el estatuto jurídico del personal religioso y los ministros de culto, la primera, y el contenido que debe incorporarse a conformar dicho estatuto, la segunda.

En cuanto a la primera, debe precisarse que hasta la actualidad el establecimiento de un estatuto jurídico a favor de los ministros de culto se ha hecho vincular con la previa celebración de un acuerdo de cooperación. Así se ha puesto de manifiesto en los cuatro acuerdos celebrados por el Estado español con las confesiones religiosas, y en concreto con la Iglesia católica⁵⁸, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España⁵⁹, la Federación de Comunidades Judías de España⁶⁰ y la Comisión Islámica de España⁶¹.

Sin embargo, nada hace vincular estatuto jurídico y norma pacticia, por lo que sería posible —y, sin duda, conveniente— que desde una norma unilateral se abordara el establecimiento de esta temática. Mientras que en relación a su contenido, debería partirse de un concepto que diferenciara entre personal religioso, ministro de culto y otras figuras próximas, para posteriormente concretar una serie de derechos que detentarían los ministros de culto en cuanto a su ministerio, así como otras personas por asimilación a los ministros de culto, como pueden ser el secreto profesional, la seguridad social, etc. Esta regulación deberá realizarse teniendo en cuenta las peculiarida-

⁵⁸ Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979.

⁵⁹ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, art. 3.

⁶⁰ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, art. 3.

⁶¹ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, art. 3.

des de cada grupo religioso y no estableciendo una regulación común y uniforme para todos.

4.2. Contenido positivo

Dentro del contenido positivo, debe hacerse referencia igualmente al diferente trato que en estas materias se da a las distintas personas pertenecientes a las diferentes iglesias y confesiones religiosas. Comenzaremos por la temática de la asistencia religiosa en los distintos centros públicos, para con posterioridad abordar la relativa a la enseñanza de la religión en centros escolares.

4.2.1. *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas*

A la hora de abordar el régimen jurídico de la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, resulta imprescindible partir del modelo establecido para la asistencia religiosa de los católicos, y de ahí ver su extensión o no a los fieles de otras confesiones religiosas⁶².

1. Pues bien, el derecho a recibir asistencia religiosa católica se configura como un derecho individual, y sólo de manera derivada corresponde su prestación a la Iglesia Católica⁶³. Se acoge así el contenido del artículo 2.1 de la LOLR y, por tanto, la configuración de la asistencia religiosa como un derecho subjetivo de autonomía.

No obstante, el modelo diseñado para la asistencia religiosa de los católicos se caracteriza por la creación, dentro del organigrama de las Fuerzas Armadas, de un «servicio de asistencia religiosa»⁶⁴ en el que se integra la estructura del Ordinariato Castrense, bajo la dirección del arzobispo general castrense, y cuyo coste de mantenimiento corre a cargo enteramente del Estado, tanto respecto a los gastos materiales como a los de personal.

⁶² Vid. CONTRERAS, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989.

⁶³ Vid. Acuerdo sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

⁶⁴ Vid. Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.

Por lo que se refiere a la vinculación del personal religioso, capellanes castrenses, con las autoridades públicas, ésta no es más que contractual, pudiendo ser calificada dicha prestación como de servicios profesionales, por lo que la dependencia funcional del capellán se produce con la autoridad religiosa, correspondiendo a ésta tanto su nombramiento como su cese⁶⁵. Dicho personal religioso será de carácter permanente y no permanente, basado en el elemento de la temporalidad y su vinculación con el Servicio de Asistencia Religiosa, lo que supone que los primeros sean asimilados a la condición de funcionario, mientras que los no permanentes tendrán la condición de personal laboral al servicio de las Fuerzas Armadas.

Partiendo de esta distinción, cabe precisar que el personal permanente se encuentra en una situación que podemos calificar como de integración, al configurarse como personal civil al servicio de la Administración militar, lo que le aproxima al modelo alemán, en el que no se le otorga grado militar alguno, pero con matizaciones importantes. Este elemento de integración se ve reforzado por el hecho de que, con relación a los regímenes retributivo y disciplinario, este personal esté asimilado, respecto al primero, al personal militar y, respecto al segundo, a los funcionarios en general, salvo por lo que se refiere a sus actividades en sentido formal, respecto a las cuales estará sujeto a la disciplina militar y organizativamente a los mandos militares. Ello pone de manifiesto la estrecha relación que aún existe con la Administración del Estado y que el sistema sigue próximo al de un servicio público, prestado por el Estado mismo, pudiendo ser tipificados los ministros del culto como «servidores» del Estado en el ejercicio de esa función.

El personal no permanente no se encuentra integrado en la Administración civil, y el nexo de unión entre este personal y los poderes públicos es una relación contractual de tipo temporal, cuya duración máxima es de ocho años. Así pues, podemos afirmar que su relación será esencialmente administrativa, tanto por lo que se refiere a sus retribuciones económicas cuanto a su régimen disciplinario. El personal religioso no permanente está asimilado económicamente al personal civil de las Fuerzas Armadas, mientras que, por lo que se refiere a sus funciones, éstas son ejercidas bajo la autoridad del mando militar y con sujeción a la disciplina interna del centro, pero sin

⁶⁵ Vid. arts. 8 y 9 del Real Decreto 1145/1990.

que este tipo de personal esté sujeto ni al derecho ni a la jurisdicción militar.

Se pone de este modo fin a los llamados «cuerpos eclesiásticos castrenses»⁶⁶, y con ello a la modalidad de integración orgánica que había sido la adoptada para prestar, hasta ahora, la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, a través de la asimilación o equiparación de dicho personal con los militares. La relación funcionarial se sustituye por la contractual, en este caso entre la autoridad militar y el personal religioso adscrito al Ordinariato General Castrense, a través de un contrato de prestación de servicios. Se asegura, a través de esta nueva modalidad, la estabilidad de la prestación asistencial, al tiempo que los riesgos de confusión entre funciones estatales y funciones religiosas son menores, y menor es también la posible colisión con el principio de laicidad⁶⁷.

Desde el punto de vista de su prestación, decir que sigue encomendándose a la jurisdicción eclesiástica castrense (arzobispado), cuyo máximo órgano es el ordinario (arzobispado) general castrense, en cuyo nombramiento participará el Estado español, primero tomando parte a través del Ministerio de Asuntos Exteriores en la elaboración de la correspondiente terna y después a través del acto de presentación de uno de ellos al Rey y al Sumo Pontífice para su nombramiento⁶⁸.

2. Por lo que respecta a las minorías religiosas, cabe señalar que las relaciones con éstas dependen de la correspondiente celebración, por parte de cada una de ellas, de un Acuerdo de cooperación con el Estado, lo que en el momento actual sólo se ha plasmado con tres, a saber: con los evangélicos, con los judíos y con los musulmanes. En los tres Acuerdos, la materia de la asistencia religiosa en centros públicos se regula de manera semejante (art. 8), configurándose como un derecho individual cuya prestación corre a cargo de la correspondiente confesión religiosa. Hasta la actualidad, dicho precepto no ha sido desarrollado en el ámbito de las Fuerzas Armadas, por lo que no existe prestación alguna a miembros de estas confesiones.

⁶⁶ Disposición adicional 7.^a de la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

⁶⁷ CONTRERAS, J.M.: «La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas en la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VI (1990), pp. 49-86.

⁶⁸ Art. I.3 del Acuerdo de 28 de julio de 1976.

4.2.2. *La asistencia religiosa en instituciones penitenciarias*

1. Al igual que en el caso anterior, en el ámbito penitenciario debemos distinguir entre el supuesto establecido para la Iglesia católica y el reconocido para las confesiones con Acuerdo de cooperación. Así, el modelo de la Iglesia católica parte de lo establecido en el artículo VI del AAJ⁶⁹, cuyo desarrollo en el caso específico de los centros penitenciarios se encuentra en el Acuerdo celebrado con la Conferencia Episcopal y que se publicó por Orden Ministerial de 24 de noviembre de 1993⁷⁰. El modelo adoptado es el de contratación, en esta ocasión con la diócesis correspondiente y no con el sacerdote que la presta directamente. Es, por tanto, la propia confesión, en este caso la diócesis, la que asume la función de empresa de servicios, que es contratada por el centro penitenciario, y es a ésta a la que el centro entrega las cantidades globales relativas a la prestación del servicio de asistencia religiosa llevadas a cabo por el personal religioso (art. 5). Se pone de este modo de manifiesto que nos encontramos ante una actividad propiamente religiosa o espiritual que realiza directamente la confesión correspondiente. El personal religioso es nombrado por el ordinario del lugar y, por tanto, su vinculación es respecto al mismo, al tiempo que la autoridad penitenciaria se limita a autorizar la realización de sus funciones pastorales (art. 3) y facilitar aquellas condiciones y medios que sean necesarios para su real y efectiva realización (arts. 4 y 7).

Entre las funciones que se les atribuye, de carácter cuasi parroquial, están las siguientes:

- 1) celebración de la misa los domingos y festividades religiosas;
- 2) instrucción y formación religiosa y asesoramiento en cuestiones religiosas y morales;
- 3) celebración de actos de culto y administrar los sacramentos;
- 4) visita a los internos a su ingreso en el establecimiento y recibir en su despacho a aquéllos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecten;
- 5) colaboración en la humanización de la vida penitenciaria (art. 2).

⁶⁹ Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos.

⁷⁰ B.O.E. de 31 de diciembre de 1993.

2. En relación con otras confesiones religiosas cabe señalar que en este ámbito se ha producido una evolución importante, ya que prácticamente se ha equiparado el modelo adoptado para la Iglesia católica con el establecido para las confesiones que en 1992 celebraron un Acuerdo de cooperación con el Estado. En estos acuerdos, la asistencia religiosa se configura como un derecho de los internados en los mencionados centros públicos, y entre ellos los establecimientos penitenciarios (art. 9). La prestación de la asistencia espiritual se encomienda a las correspondientes confesiones religiosas, mediante la labor pastoral de los ministros del culto designados por éstas, que deberán ser autorizados por los centros penitenciarios correspondientes⁷¹.

En cuanto al contenido de la asistencia religiosa, éste abarca la asistencia a actos de culto, la prestación de servicios rituales, la atención pastoral y la instrucción y el asesoramiento moral y religioso, pero también aquélla que sea necesaria dispensar a los moribundos, así como las honras fúnebres del rito⁷².

Para la prestación de dicha asistencia espiritual se establece un sistema de libre acceso por parte de los ministros del culto en los centros, los cuales serán designados por las respectivas confesiones y autorizados por las autoridades penitenciarias competentes⁷³, con la única limitación de que la misma se realice con pleno respeto al principio de libertad religiosa, así como a las normas de régimen interno de los establecimientos, en especial las derivadas de la necesaria observancia de las normas referidas al horario y la disciplina del centro⁷⁴.

Por lo que respecta al régimen económico, se produce un trato normativo distinto entre los tres Acuerdos. Así, mientras que en los acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y la Federación de Comunidades Israelitas de España se establece que los gastos corran a cargo de la respectiva comunidad o iglesia, en el supuesto de la Comisión Islámica de España se prevé que «serán sufragados en la forma que acuerden los representantes

⁷¹ BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, pp. 462-463.

⁷² Art. 2 RD 710/2006.

⁷³ Arts. 3, 4 y 5 RD 710/2006.

⁷⁴ Art. 8 RD 710/2006.

de la Comisión Islámica de España con la dirección de los centros y establecimientos públicos», lo que permite la posibilidad de que ambas instituciones lleguen a algún tipo de acuerdo a efectos de que el gasto, sobre todo el relativo al personal, pueda ser sufragado como servicio por parte del propio centro público, sin que, en ningún caso, ello pueda entenderse como integración orgánica.

4.2.3. *La asistencia religiosa en centros hospitalarios*

Una situación muy próxima a la anterior se produce en el ámbito hospitalario, distinguiendo, una vez más, entre el régimen de la asistencia religiosa católica y el de otras confesiones. La asistencia religiosa católica está regulada por la Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1985, por la que se publica el acuerdo celebrado con la Conferencia Episcopal⁷⁵, y por Convenio de 23 de abril de 1986, celebrado con el Insalud⁷⁶. En dicha normativa, la asistencia religiosa católica se concibe como un servicio interno a prestar por el propio centro, lo que lleva a la existencia de un Servicio de Asistencia Religiosa⁷⁷, y con él a que estemos en presencia de un modelo de integración, por el cual la financiación de la misma corra a cargo íntegramente del centro hospitalario⁷⁸. Ahora bien, esta integración no es de naturaleza orgánica, como sucedía anteriormente, y, por tanto, el cuerpo funcional de capellanes se declara a extinguir, sino de tipo contractual, a través del cual es el centro el que contrata, bien con la diócesis correspondiente, bien directamente con el sacerdote que presta la asistencia religiosa. Sería más adecuado, a nuestro juicio, que se estableciera con carácter general y obligatorio la primera fórmula y que no fuera directamente el centro el que contratase con el ministro de culto, ya que posiciona al centro público como empresa, lo que puede introducir factores de confusión que sería bueno no se produjeran; amén de que en este ámbito el personal religioso es designado por la autoridad eclesiástica, pero nombrado por el centro hospitalario, con la vinculación para las autoridades del centro de nombrar al designado. Nos encontramos, pues, ante un modelo a medio camino entre la asistencia religiosa militar y la de prisiones; pero con un matiz más, como es el hecho de que dicha asistencia no

⁷⁵ BOE de 21 de diciembre de 1985.

⁷⁶ BARRERO ORTEGA, A.: *La libertad religiosa...*, cit., pp. 463-464.

⁷⁷ Art. 2 de la Orden Ministerial.

⁷⁸ Art. 6 y Anexo III de la OM; art. 9 del Convenio.

haya sido desarrollada para las confesiones distintas de la católica, ni tan siquiera en el caso de las confesiones con acuerdo, respecto de las cuales parece optarse por un modelo de libre acceso y de autofinanciación, al menos en el supuesto de judíos y evangélicos⁷⁹, pero cuyo desarrollo concreto aún está por determinar.

4.2.4. De todo lo anterior, y por lo que respecta a la asistencia religiosa en establecimientos públicos resulta necesario distinguir entre la obligación de prestación y la modalidad de aplicación de dicha asistencia religiosa en centros públicos, toda vez que ésta no viene establecida y determinada, y sí que resulta vinculada por los principios constitucionales, de tal manera que deberán tenerse presente dos criterios básicos: i) que la asistencia religiosa debe entenderse como una garantía destinada a la superación de una situación de dificultad en el ejercicio de dicho derecho y ii) que la asistencia religiosa a prestar no debe superar la finalidad de reponer a la persona en la situación anterior a su adscripción al centro público. La aplicación de estos dos criterios sobre la modalidad de aplicación de la asistencia religiosa supone, en primer término, que deba tener carácter voluntario para los internos o dependientes del centro público y, en segundo lugar, que no pueda producirse una confusión entre fines y funciones estatales y religiosas: amén de que no todo centro público se ve obligado a prestar dicha asistencia religiosa, como es el caso de los centros escolares y universitarios —respecto de los cuales sólo cabe reconocer que dicha decisión entra dentro del ámbito de discrecionalidad de las autoridades públicas competentes—.

Por lo que respecta a las posibles modalidades de aplicación, debemos precisar que, si bien la integración orgánica no resulta *per se* contraria a un modelo laico, su aplicación sí introduce distorsiones que no pueden ser obviadas, como son, por un lado, la aparición de una relación básicamente institucionalizada que pone en entredicho el principio de personalización que inspira nuestro modelo constitucional y, por otro, la introducción de un factor de confusión entre funciones estatales y religiosas, contrario al principio igualmente constitucional de laicidad.

En el otro extremo encontramos la modalidad de aplicación externa, la cual aparece, en principio, como la más adecuada para

⁷⁹ Art. 9 de la OM.

preservar el sistema de laicidad del Estado español. Sin embargo, esta afirmación sólo resulta cierta en la medida en que la garantía ofrecida por el Estado sea suficiente para garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa por las personas dependientes o internadas en los centros públicos, sin por ello afectar a las reglas de régimen interno propias de dichos centros ni a su finalidad. Aunque, dada la situación en la que se encuentran las personas a ellas pertenecientes, esta modalidad puede ser útil en la actualidad en el caso de las Fuerzas Armadas, no puede obviarse que, en otros ámbitos, como hospitales o cárceles, este sistema puede dificultar a los individuos sujetos a dichos regímenes internos el cumplimiento de sus deberes religiosos.

Para estos dos últimos supuestos, u otros análogos, resulta más conveniente el establecimiento de una técnica de aplicación interna y, entre ellas, la más coherente con un sistema neutral de relación Estado-fenómeno religioso es la de libertad de acceso, ya que garantiza la primacía del principio de personalización al hacer desaparecer toda relación institucional directa entre los poderes públicos y los ministros de culto que prestan la asistencia espiritual; y ello con independencia de que el Estado pudiera atender económicamente dicha prestación, a través de la consideración de la prestación de un servicio a los ciudadanos y, por tanto, en concepto de contrapartida, la cual debería entregarse a la confesión correspondiente y no al ministro del culto prestatario.

4.2.5. *La enseñanza de la religión en centros escolares*

Una vez más debemos distinguir entre el régimen jurídico de la enseñanza de religión católica y el de la enseñanza religiosa de las tres confesiones con Acuerdo de cooperación. Amen de que todas las demás confesiones no tienen reconocida posibilidad alguna de prestar este tipo de enseñanza⁸⁰.

1. La enseñanza de la religión y moral católicas viene reconocida de manera expresa en el AEAC, en concreto en su artículo II. El Acuerdo establece a tal efecto la obligatoriedad para los centros docentes de ofertar esta enseñanza, al tiempo que se garantiza el

⁸⁰ Vid. CONTRERAS MAZARIO, J.M., *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

carácter voluntario para los alumnos. La aplicación de la presente normativa obliga a plantearse en este momento dos cuestiones básicas, como son la determinación de la expresión «se aplicará en condiciones equiparables al resto de las materias fundamentales», y con ella la problemática relativa a su valor curricular, la primera, y la temática de la alternatividad de otras disciplinas, la segunda.

La configuración de la enseñanza de la religión católica como una asignatura de carácter fundamental equiparable a las demás asignaturas de dicha naturaleza y, por tanto, integrante de la escuela misma para los niveles, en la actualidad, de infantil, primaria y secundaria, ha supuesto un ámbito continuo de conflictividad, no sólo respecto de los niveles educativos señalados, sino también a nivel universitario, y más concretamente en relación a su inclusión dentro de los planes de estudios de la Diplomatura de Formación del Profesorado o Magisterio⁸¹.

Deben buscarse fórmulas que hagan compatible mantener el AEAC dentro de los límites que conforman los principios constitucionales en la materia. Por ello, y a efectos de determinar el alcance que supone la expresión «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» resulta imprescindible detenerse en la controversia surgida a raíz de la elaboración de los planes de estudio de la Diplomatura en Magisterio en la Universidad Autónoma de Madrid. En los presentes planes de estudio a la asignatura de «Doctrina y Moral Católicas y su pedagogía» —que es incluida como optativa porque así lo impuso una sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 14 de septiembre de 1987⁸²— le fue asignado un total de 4 créditos, lo que para el Arzobispado de Madrid-Alcalá supone una violación de lo establecido en los artículos II y IV del AEAC. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su sentencia de 20 de octubre de 1993⁸³, estimó el recurso presentado, entrando a analizar si se producían o no las

⁸¹ Vid. Orden de 19 de mayo de 1980, sobre Enseñanza de la Doctrina Católica y su Pedagogía en las Escuelas Universitarias de Profesorado de EGB.

⁸² Cit. *Repertorio de jurisprudencia*, Aranzadi, 1988, R. 4193. Vid. asimismo STC 187/1991, de 3 de octubre (RTC 1991/187).

⁸³ Cit. en STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 26 de junio de 1995 (RJ 1995/5970). Vid. también STC 155/1997, de 29 de septiembre de 1997 (RTC 1997/155).

condiciones de equiparación en cuanto al tiempo y número de créditos invertidos en el estudio de cada una de las asignaturas con el fin de que sean suficientes para garantizar una formación adecuada de cada asignatura⁸⁴, llegando a la conclusión de que no se producían las «condiciones de equiparación» al existir una «desproporción entre el número de créditos asignados a la asignatura de religión y los atribuidos a las demás disciplinas fundamentales e incluso a otras que sólo son optativas»⁸⁵ (por ejemplo, a la plástica: 18 créditos; a la Filosofía: 20; o a la Música: 84).

A este respecto, y por lo que a la enseñanza de la religión como disciplina académica se refiere, la propuesta de solución debería ir encaminada a un mantenimiento como materia mínima o común dentro del sistema educativo con reconocimiento académico, salvo en lo que pueda afectar a becas o pruebas de acceso a la universidad, en cuyos supuestos no sería tenida en cuenta. Por su parte, el establecimiento de asignaturas alternativas a la misma queda en el ámbito de la discrecionalidad de las autoridades educativas, y tan constitucional —a nuestro juicio— es que se establezcan como que no se establezcan. En cualquier caso, también entendemos y apoyamos el que debería reconocerse, en el supuesto de establecerse ese tipo de disciplinas, la opción de que el alumno no tenga por qué cursar asignatura alternativa alguna. Cualquiera de las opciones deberá ser elegida por los padres hasta una edad en que sea el propio alumno el que pueda libremente decidir. Esa edad entendemos que podría ser a partir de los 14 años, y no a partir de los 18 como hasta ahora está previsto.

Por lo que respecta a los profesores de religión católica, el modelo que mejor permite salvar el conflicto normativo sería el de libertad de acceso de este personal, y todo lo más el modelo contractual, pero no entre la administración educativa y el profesor, sino entre la Iglesia católica y el profesor. Sus ventajas resultan incuestionables para todas las partes, ya que —por un lado— la Iglesia católica disfrutaría de la misma capacidad de control sobre el profesorado, sólo que ahora, en cuanto que empleados que realizan trabajos de tendencia o trabajos ideológicos, podría despedirlos de forma válida cuando éstos violen la relación de confianza que obliga al profesor a impartir su docencia de acuerdo con los principios religiosos católicos; los

⁸⁴ *Ibid*, fto. jco. 3.º

⁸⁵ *Ibid*, fto. jco. 1.º

profesores —por su parte— identificarían de forma clara y precisa a su empleador y, en la medida en la que su contrato estaría supeditado al principio sobre el que bascula el Derecho laboral (la realización correcta de la prestación para la que se es contratado por el empleador, si bien con el límite de que su libertad de cátedra estaría supeditada al carácter confesional que tiene la enseñanza), podrían disfrutar de los derechos que el Estatuto de los Trabajadores prevé; y —por último— el Estado no se responsabilizaría de la impartición de una enseñanza que, por su carácter confesional, corresponde a la Iglesia, limitándose a poner los medios necesarios, en este caso económicos, para que ésta pueda llevarse a cabo.

2. Mientras que en los Acuerdos de cooperación de 1992, la enseñanza religiosa en favor de las personas pertenecientes a las Federaciones de comunidades evangélicas, judías y musulmanas (FEREDE, FCJE y CIE) es regulada en el artículo 10 común de los tres Acuerdos, reconociéndose como un derecho subjetivo de los alumnos que podrán ejercerse tanto en los centros escolares público como en los privados concertados, aunque en este segundo caso se subordina al respeto del ideario educativo propio que pueda tener el centro. Aunque desde este ámbito conceptual no cabe encontrar diferencias sustanciales entre la enseñanza de la religión católica y las enseñanzas de la religión musulmana, judía o evangélica, si se han producido diferencias cuantitativas, toda vez que la enseñanza religiosa de las tres confesiones citadas sólo se da en el llamado «territorio MEC», esto es, Ceuta, Melilla, Andalucía, Canarias y Aragón; y por lo que a la enseñanza musulmana se refiere sólo hay 36 profesores.

4.3. Contenido «institucional»

En último lugar, resulta necesario hacer referencia a cuatro cuestiones que podríamos denominar como «institucionales», y que son concretamente las siguientes: el notorio arraigo, la primera; los acuerdos de cooperación, la segunda; la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, la tercera, y el Registro de Entidades Religiosas, la cuarta.

4.3.1. *Notorio arraigo*

1. Antes de entrar en el análisis de los requisitos que componen el concepto de notorio arraigo, se debe hacer referencia a una cuestión

como es la referida a la propia declaración de dicho notorio arraigo, lo que parece convertir a ésta en un acto administrativo. A nuestro juicio, el notorio arraigo no constituye por sí mismo un acto administrativo en sí mismo considerado, sino más bien una toma de posición por parte de la Administración ante la decisión de iniciar o no los trámites necesarios para llevar a buen término la celebración de un acuerdo de cooperación por parte del Estado con una determinada confesión religiosa⁸⁶.

Para iniciar dicho proceso negociador, el artículo 7 de la LOLR establece dos requisitos:

- tener reconocida personalidad jurídica mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (art. 5 LOLR), el primero, y
- tener notorio arraigo, el segundo.

Un notorio arraigo que se basa en la consideración por parte del poder público competente de que un determinado grupo o confesión religiosa cumple las condiciones establecidas en el artículo 7 de la LOLR y quiere celebrar con el mismo un acuerdo de cooperación. La petición, pues, del grupo religioso no debería estar dirigida tanto a conseguir el notorio arraigo, cuanto a la posible celebración de un acuerdo de cooperación con el Estado. Un acuerdo de cooperación que, a su vez, entra dentro del ámbito de la potestad discrecional de la Administración, ya que el citado artículo 7 deja en manos de los poderes públicos dicha potestad, aún en el caso de que se den ambos requisitos.

En este sentido se ha manifestado la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 29 de diciembre de 1995, para quien la expresión «notorio arraigo» *«no se configura como un acto declarativo o declaración que corresponde hacer a la Administración independientemente del «acuerdo» que pueda o no ser alcanzado entre el Estado y la confesión religiosa, sino como un requisito que necesariamente ha de concurrir para que tal acuerdo o convenio pueda producirse»* (fundamento de derecho segundo, párrafo 6).

⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ-CORONADO, A., «Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo», en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, vol. 0 (2000), pp. 285-302.

Así pues, lo que se está reconociendo en el artículo 7 de la LOLR es el derecho a solicitar la posible celebración de un acuerdo, y para ello se establece el que la Administración verifique el cumplimiento por parte de la confesión religiosa solicitante de los dos requisitos anteriormente mencionados. Y una segunda consecuencia del notorio arraigo es la representación de la confesión beneficiaria de tal calificación como miembro en la Comisión Asesora de Libertad Religiosa⁸⁷. Ahora bien, mientras que esta segunda consecuencia supone una obligación jurídica para la Administración, la primera entra dentro del ámbito de la decisión política, de tal forma que puede declararse el notorio arraigo a favor de una confesión religiosa y, sin embargo, por decisión de política jurídica no iniciarse el correspondiente proceso negociador que culminase con la celebración de un acuerdo de cooperación.

2. Partiendo de dichos presupuestos, y por lo que al notorio arraigo en España se refiere, el mismo aparece definido de manera expresa en el artículo 7 de la LOLR por dos elementos principales:

- primero, el ámbito, y
- segundo, el número de creyentes, sin que la Ley haga mayores precisiones.

Son, por tanto, estos elementos los que integran de una manera sustantiva el concepto de notorio arraigo. Y son estos elementos los que deben tenerse, en principio, presentes a la hora de verificar si un grupo o confesión religiosa cumple dicho requisito. Su valoración por parte de la Administración es libre, sin otras limitaciones que las que se derivan lógicamente de los principios generales del Derecho, y en concreto de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 de la CE). Junto a ello debe ponerse igualmente de manifiesto que a la hora de interpretar la presente expresión deberá realizarse teniendo en cuenta la realidad social, así como la evolución que el propio concepto haya podido tener en la práctica seguida en el seno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa o, en su caso, por parte de la autoridad política competente.

Entrando de manera más pormenorizada en los elementos mencionados, cabe señalar que en relación al «ámbito» la práctica seguir-

⁸⁷ Art. 8 LOLR; RD 1159/2001, de 26 de octubre.

da ha sido su conexión con el propio concepto de arraigo de dicha confesión en España, o lo que es lo mismo que la confesión esté «arraigada en la sociedad», de tal modo que «no sólo exista, sino que su presencia sea firme, estable y profunda; que tenga peso e incidencia en la sociedad»⁸⁸. Este elemento se conectó, en un primer momento, con que la confesión tuviera presencia histórica en España, y este elemento estuvo en el origen de los Acuerdos de cooperación celebrados en 1992. Con posterioridad, dicho contenido ha ido evolucionando en el sentido de que la confesión deba tener una presencia dilatada tanto en el tiempo como en el espacio, lo que exige que la confesión esté presente en una parte importante del territorio español y que tenga una duración tal que haya hecho posible su real implantación y establecimiento firme en la sociedad española, así como que ofrezca garantías de permanencia para el futuro⁸⁹.

Por su parte, y respecto al «número de creyentes», cabe manifestar que, aunque se trata de una expresión imprecisa, la misma puede y debe ponerse siempre en relación con factores cuantitativos y de proporcionalidad. Aunque evidentemente el número no puede constituirse en un factor determinante y único del arraigo, ni tan siquiera de su notoriedad, sin embargo si se convierte en un elemento que conforma el propio concepto de notorio arraigo, por lo que la importancia del mismo no puede ser desconocida ni devaluada. El número de creyentes puede convertirse en un factor que nos permita comprobar y, en cierta medida, evaluar la aceptación de dicha confesión por parte de la sociedad española.

En cuanto al elemento de la «notoriedad», éste se ha fijado en los aspectos derivados del reconocimiento social de la confesión, y en concreto en las acciones benéficas emprendidas y en la colaboración con las autoridades. Se trata de una materia que nos conecta directamente con el tercero de los contenidos abordados en el presente dictamen y, por lo tanto, a él nos remitimos.

En definitiva, con la expresión del «notorio arraigo» de lo que se trata es de asegurar la permanencia y estabilidad del grupo religioso

⁸⁸ Dictamen de D. José Jiménez y Martínez de Carvajal sobre la declaración de notorio arraigo de la confesión religiosa «Testigos Cristianos de Jehová», p. 5.

⁸⁹ Dictamen de D. Dionisio Llamazares Fernández y D.^a Ana Fernández-Coronado sobre la condición de notorio arraigo en España de la confesión religiosa «Testigos Cristianos de Jehová», p. 3.

tanto en el presente como sobre todo con intención de futuro, y, por tanto, «lo decisivo es —como ya pusieron en su día de manifiesto D. Dionisio Llamazares y D.^a Ana Fernández-Coronado— que se trate de una confesión con la relevancia sociológica suficiente como para que el Derecho del Estado entienda conveniente acordar con ella los términos de la regulación del derecho de libertad religiosa de sus miembros, en las mejores condiciones de armonía con el derecho estatal»⁹⁰.

Resulta, por tanto, necesario superar la fase de un concepto jurídico indeterminado, para devenir en un concepto que venga determinado por elementos objetivos y concretos, con la finalidad de conseguir una mayor seguridad jurídica.

4.3.2. *Los Acuerdos de cooperación: contenido y función promocional*

Desde el plano del Derecho pacticio, cabe plantear la cuestión referida a si determinadas materias que aparecen incluidas en este tipo de normas deben analizarse desde la perspectiva promocional del derecho de libertad de convicciones, o bien desde la de la remoción de obstáculos, transformando su naturaleza de derechos negativo o de abstención. Estas cuestiones son básicamente las relativas al matrimonio y el reconocimiento de efectos jurídico-civiles, por un lado, y el estatuto jurídico de los ministros de culto, y en concreto la seguridad social de los mismos, por otro. Aunque cada una de ellas, somos conscientes, merecería un estudio pormenorizado, en este trabajo no se van a abordar dichas cuestiones de una manera detallada, sino que, partiendo de los análisis que al respecto de las mismas se ha realizado por parte de la doctrina⁹¹, se va a señalar nuestra posición respecto a la relación de dichas temáticas con la función promocional.

Desde esta perspectiva, la conclusión a la que se llega no puede ser otra que la de afirmar que ninguna de las temáticas citadas deben

⁹⁰ *Ibid*, p. 5.

⁹¹ En relación con la inscripción del matrimonio, por todos vid. MARTINELL, J.M., «Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación», en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Barcelona 1994*, Marcial Pons, Madrid 1996. Mientras que respecto a la seguridad social de los ministros del culto, por todos vid. VIDAL GALLARDO, M., *Trabajo y seguridad social de los miembros de la Iglesia católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.

ser encuadradas *strictu sensu* dentro de un posible contenido positivo o promocional de la libertad religiosa. Y ello con independencia de que dichos contenidos sean considerados, como de hecho lo son, supuesto de cooperación a que hace referencia el artículo 16.3 de la CE.

4.3.3. *La Comisión Asesora de Libertad Religiosa*

1. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa (en adelante, CALR) fue creada por la propia LOLR, al establecerse en su artículo 8 que:

«Se crea en el Ministerio de Justicia una Comisión Asesora de Libertad Religiosa compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas o Federaciones de la mismas, en las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, y por personas de reconocida competencia cuyo asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la presente Ley. En el seno de esta Comisión podrá existir una Comisión Permanente, que tendrá también composición paritaria».

Como ya tuvimos ocasión de señalar⁹², la presente Comisión es configurada como un órgano al servicio de la Administración, en aras a la aplicación de la propia LOLR. Durante este tiempo, la Comisión ha cumplido sus funciones en gran parte dependiente de la actividad que cada Director general le ha asignado. La cuestión, por tanto, es si teniendo en cuenta la experiencia adquirida resulta conveniente o no plantear una nueva Comisión de Libertad Religiosa tanto desde el punto de vista de su configuración orgánica, esto es, naturaleza jurídica, organizaciones y funcionamiento, como desde el plano de sus funciones.

2. Por lo que respecta a la temática institucional u orgánica, cabe señalar que la CALR es en la actualidad un órgano administrativo-estatal, colegiado y dependiente del Ministerio de Justicia, cuya labor principal —como su propio nombre indica— es la de asesorar en materia religiosa. Desde esta perspectiva, la primera cuestión que debería abordarse es la relacionada con la naturaleza jurídica de

⁹² CONTRERAS MAZARIO, J.M., «La Comisión Asesora de Libertad Religiosa», en *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 19 (1986), p. 141.

este órgano, y en concreto si resulta o no conveniente plantear su modificación para dotarla de mayor independencia. Desde esta perspectiva, resulta significativo traer a colación el ejemplo del modelo portugués, donde se ha optado una Comisión independiente, no integrada orgánicamente dentro de ningún Ministerio (aunque económicamente los fondos los recibe el Ministerio de Justicia).

La segunda temática que debe ser abordada es la relativa a la legitimación para pedir la actuación de la propia Comisión, amen de plantear si la Comisión puede o no actuar de oficio no ya por iniciativa del Director General, sino por alguno de sus vocales o grupo de vocales. Aunque se prevé la posibilidad de que cualquier poder público pueda pedir consultar a la Comisión y que ésta actúe cuando un vocal o vocales así lo demande dentro de su marco de competencia⁹³, la realidad nos muestra que la Comisión sólo ha intervenido a iniciativa de su Presidente. Convendría establecer un procedimiento a través del cual la Comisión se pudiera pronunciar cuando así lo demande no sólo cualquier poder público o sus vocales, sino también a petición de cualquier grupo religioso.

La última de las temáticas que debe ser abordada en este ámbito viene relacionada con la organización de la misma, y en concreto a cómo ha venido actuando hasta ahora. A este respecto, cabe señalar que la CALR tiene una composición tripartita y paritaria, que se estructura del modo siguiente:

- un tercio de representantes de la Administración;
- un tercio de representantes de las confesiones religiosas y
- un tercio de personas de reconocida competencia⁹⁴.

Mientras que por lo que se refiere a su funcionamiento, la Comisión ha actuado en Pleno y en Permanente.

Resulta conveniente en relación con esta temática que se reflexionara, por un lado, sobre la conveniencia de incorporar, dentro del tercio correspondiente a la Administración, a personas provenientes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales como miembros de la Comisión. Y, por otro, sobre el establecimientos de

⁹³ Art. 7.3 de la Orden de 30 de noviembre de 1983.

⁹⁴ Vid. art. 1.2 RD 1159/2001, de 26 de octubre.

Comisiones temáticas dentro de su organización. En esta misma línea, también entendemos que sería conveniente prever la posibilidad de que la Comisión pudiera requerir la presencia o el asesoramiento de terceras personas cuando por el tema pudieran resultar bien afectadas, bien necesarias.

3. Dicha configuración tiene su lógica consecuencia en las funciones que le han sido asignadas, y que se circunscriben principalmente a labores de asesoramiento y consulta técnica, pero de escaso o nula vinculación preceptiva. La única excepción se encuentra, justamente, en los Acuerdos de cooperación, respecto de los cuales la CALR tiene competencia preceptiva⁹⁵. Sin embargo, una vez aprobados, no parece que la Comisión tenga atribuida competencia alguna por lo que respecta al seguimiento y desarrollo normativo reglamentario de dichos Acuerdos. Aunque se han realizado interpretaciones a favor de la participación de la Comisión por lo que respecta a su seguimiento y desarrollo⁹⁶, entendemos que la competencia sobre la misma debería realizarse de un modo expreso y contenerse entre las funciones asignadas a la CALR.

Todo ello no hace más que poner de manifiesto la necesidad de ampliar las funciones de la Comisión, tanto en número como cualitativamente. En efecto, en relación al número sería conveniente aumentar las funciones sobre las que la Comisión tuviera competencia. A este respecto, la primera a incluir sería la referida a la aplicación y desarrollo reglamentario de los Acuerdos de cooperación. También se podría ampliar las funciones relacionadas con el ámbito de los estudios e informes a realizar por la Comisión, y que en la actualidad se circunscribe «a las cuestiones relativas a la aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa», y que podrían tener que ver, entre otros, con el ámbito de la sociología.

Mientras que desde la perspectiva cualitativa, las funciones preceptivas, que en el momento actual está limitada al ámbito de la aprobación de los acuerdos de cooperación, deberían verse ampliadas. Sólo así se dotaría a la Comisión de un mayor protagonismo, que ahora no tiene.

⁹⁵ Vid. art. 8, párrafo 2, LOLR.

⁹⁶ GARCÍA GARCÍA, R.: *La Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Sus antecedentes, precedentes, discusión parlamentaria y regulación actual*, EDISOFER, Madrid 2003, p. 207.

4.3.4. *El Registro de Entidades Religiosas*

La última de las temáticas que debemos abordar tiene que ver con el ámbito colectivo de la libertad religiosa, y en concreto con el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, y más concretamente con sus funciones. A este respecto, el legislador español de 1980 opta —en la Ley 5/1980, de 7 de julio, de Libertad Religiosa— por un modelo que poco tiene que ver con el descrito de manera general en el artículo 22 de la CE. Lo primero que debe reseñarse es la propia nomenclatura empleada, y que no es otra que la de «entidades religiosas»⁹⁷. Dicha norma legal resulta complementada con lo dispuesto, a tal efecto, en el RD 142/1981, de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, respecto del cual lo único destacable es lo relativo a los «fines religiosos» y a las «entidades asociativas religiosas», estableciendo a tal efecto en su artículo 3 que *«son datos requeridos para la inscripción (...) (los) fines religiosos con respeto de los límites establecidos en el artículo tercero de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa»*; mientras que respecto del segundo contenido se dispone que *«en el caso de las Entidades asociativas religiosas a que hace referencia el apartado c) del artículo anterior (entidades asociativas religiosas constituidas como tales en el ordenamiento de las iglesias y confesiones), el cumplimiento de este requisito deberá acreditarse mediante la oportuna certificación del Órgano Superior en España de las respectivas Iglesias o Confesiones»*.

La verificación formal de todos los requisitos expuestos por parte del encargado del Registro de Entidades Religiosas convertiría a dicha intervención administrativa respecto de la inscripción registral de los grupos religiosos en una calificación de naturaleza declarativa. Lo que resulta plenamente coherente con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 del RD 142/1981, en el que se establece que *«(l)a inscripción sólo podrá denegarse cuando no se acrediten debidamente los requisitos a que se refiere el artículo 3»*.

Ahora bien, dicha actuación se vio transformada desde el mismo momento en que el RER no se ha limitado a verificar los requisitos formales que concurren en la solicitud de inscripción, sino que ha extendido su actuación a cuestiones de fondo como es entrar en el

⁹⁷ Vid. art. 5 LOLR.

alcance de los términos «fin religioso» desde su perspectiva material, cuando no ha introducido requisitos de verificabilidad que no están previstos en la normativa reseñada. Se está haciendo referencia en este segundo supuesto no sólo a la exigencia, en algunos casos, de un número mínimo de fieles, sino incluso —como tendremos ocasión de ocuparnos con posterioridad— del requisito del orden público.

Todo ello convierte a la intervención de la autoridad administrativa en una declaración constitutiva respecto a la inscripción registral. Lo que no es igual a identificar la misma con propia constitución del grupo religioso. Como ya se ha señalado con anterioridad, debe distinguirse tres momentos: la constitución del grupo, la atribución o reconocimiento de personalidad y el régimen jurídico de la inscripción registral⁹⁸. Pues bien, en este momento sólo estamos haciendo referencia a este último momento. Y con ello, todo lo más, a la atribución de personalidad jurídico civil en favor de las entidades religiosas como consecuencia del artículo 5.1 LOLR.

En cuanto a lo que se puede denominar como control administrativo de «lo religioso» respecto de aquellos grupos que pretenden su consideración como tales, cabe precisar que no existe una posición única y común ni a nivel jurisprudencial, ni doctrinal. En este sentido resulta significativa la jurisprudencia del TS, para quien —en su sentencia de 2 de noviembre de 1987— «*el órgano administrativo sólo tenía competencia para la constatación de los aspectos formales encaminados a garantizar su individualización por su denominación, domicilio, fines y régimen de funcionamiento*»⁹⁹, mientras que a partir de 1990 afirma la potestad del RER para examinar, no sólo los requisitos formales, sino también el cumplimiento de los requisitos relativos al contenido real, material o de fondo de la entidad solicitante¹⁰⁰. No obstante, debe asimismo ponerse de manifiesto que una sentencia de la Audiencia Nacional, de 1999, así como una del TC, 2001, vuelven a recuperar el planteamiento primero del TS, y a mostrarse a favor de la competencia para la verificación de los aspectos formales, sin que dicha constatación administrativa pueda ir más allá¹⁰¹.

⁹⁸ Vid. a este respecto, ALENDA, M., *El Registro de Entidades Religiosas. La praxis administrativa tras la STC 46/2001*, Ed. Iustel, Madrid 2009.

⁹⁹ Fto. jco. 2 (RJA n.º 8764/1987).

¹⁰⁰ Cfr. SSTS de 25 de junio de 1990 (RJA n.º 1197/1990) y de 14 de junio de 1996 (RJA n.º 5082/1996).

¹⁰¹ SAN de 3 de marzo de 1999 y STC de 15 de febrero de 2001.

Todo ello encuentra su justificación en el diferente y propio régimen jurídico que la LOLR atribuye a los grupos religiosos que acceden al RER. Cuestión ésta que nos sitúa en una nueva problemática cómo es la legalidad o no, e incluso la posible constitucionalidad, de este trato diferenciado. Régimen jurídico diferenciado y propio que ha sido reconocido y, en cierta manera, tutelado tanto por el TS como por el TC. Por el TS en su sentencia de 14 de junio de 1986¹⁰² y por el TC en su sentencia de 15 de febrero de 2001¹⁰³. En ambos casos se pone de manifiesto como el hecho de acceder al RER dota a estos grupos religiosos de un conjunto de derechos de los que no gozarían en caso contrario. Empezando por el propio uso de los términos «iglesia», «entidad religiosa» o «confesión religiosa», las cuales quedan reducidas a la previa inscripción del correspondiente grupo en el RER, tal y como se ha puesto de manifiesto en una respuesta negativa respecto de la Iglesia de la Cienciología en su pretensión de inscribirse como tal «iglesia» en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior.

Respecto de dicho régimen jurídico propio y en especial en relación al alcance material que el mismo puede conllevar, existen una vez más posiciones muy diversas. A saber: desde quienes entienden que la única facultad propia que puede atribuirse por tal condición es la relativa a la celebración de acuerdos de cooperación con el Estado español hasta aquellos que establecen todo un conjunto de derechos colectivos propios y exclusivos de aquellos grupos que accedan a la condición de entidad religiosa, lo cual sólo se produce por su inscripción en el RER. Aunque —a nuestro juicio— las diferencias respecto del estatuto jurídico de los grupos religiosos o filosóficos deben reducirse a las específicamente propias de cada uno de los grupos, pero salvaguardándose en todo momento la igualdad titularidad en el derecho a la libertad de conciencia y, por tanto, no debe haber *a priori* un diferente trato jurídico por parte del Derecho estatal, la realidad tanto legislativa como jurisprudencial viene a confirmar lo contrario.

Todo lo expuesto lleva a plantearse una cuestión básica, a saber: cuál es la función que corresponde al RER respecto a la verificación de los requisitos en la inscripción. Cuestión que ha sido respondida

¹⁰² Fto. jco. 4 (RJA n.º 5082/1986).

¹⁰³ Fto. jco. 4.

de manera expresa por el TC en su sentencia de 15 de febrero de 2001, al manifestar que *«la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro»*¹⁰⁴ y que la única función que le corresponde a la Administración es limitarse a comprobar o constatar que no se trata de grupos o comunidades excluidas por el art. 3.2 de la LOLR. En concreto señala que la articulación de un Registro como el de Entidades Religiosas *«no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan sólo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el artículo 3.2 de la LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elemento en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 de la CE»*¹⁰⁵. En consecuencia, y partiendo de este planteamiento, la conclusión a la que se llega no es otra que la que el propio TC manifiesta al señalar que *«es perfectamente prescindible el examen de aquellos criterios que, como queda expuesto, responden a un entendimiento constitucional inadecuado de la función de comprobación que corresponde a la autoridad responsable del Registro»*¹⁰⁶.

Una última cuestión que afecta al régimen jurídico de la inscripción es la relativa a la aplicación al mismo de la cláusula de «orden público». Pues bien, a este respecto nuestra posición es contraria a considerar dicha cláusula como elemento integrante de la verificación formal de la actividad registral, salvo en los supuestos en que inscripción del grupo solicitante sea contraria a la ley por sus fines o sus actividades, o cuando el grupo (o grupo subsiguiente) religioso haya sido condenado por sentencia firme anterior por ser ilegal e inscrita su disolución¹⁰⁷. Por ello consideramos que la posición adoptada por el RER en su Resolución relativa a la Iglesia de la Unificación no

¹⁰⁴ Fto. jco. 10.

¹⁰⁵ Fto. jco. 8.

¹⁰⁶ Fto. jco. 10.

¹⁰⁷ Vid. art. 10.2.a) y 4 en relación con el art. 12 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

resultaba conforme a Derecho¹⁰⁸, más en un Estado de Derecho donde dicha función debe corresponder a los tribunales de justicia y no a la Administración¹⁰⁹. Este planteamiento justifica que nos mostremos plenamente de acuerdo con los argumentos formulados por el TC en su sentencia de 15 de febrero de 2001, al considerar que *«cuando el artículo 16.1 de la CE garantiza las libertades ideológica, religiosa y de culto «sin más limitaciones que el orden público protegido por la ley», está significando con su sólo redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias»*. Ello lleva al propio TC a entender que la presente cláusula *«no puede ser interpretad(a) en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad»*.

No obstante, el propio TC precisa y permite la intervención «excepcional» y «preventiva» de la citada cláusula por parte de la Administración, siempre que se den una serie de requisitos, a saber: i) que se oriente directamente a la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática; ii) que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo, y iii) que la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos.

5. CONCLUSIONES

Todo lo anterior permite afirmar —a modo de conclusión final— que mientras que la LOLR establece y concreta el mandato constitucional en términos materiales, el sistema de pactos —que en ella misma se consagra como elemento fundamental de la cooperación— adquiere tanta importancia que ha acabado constituyendo un elemento esencial para la calificación del modelo de relación, así como

¹⁰⁸ Vid. STC de 15 de febrero de 2001, fto. jco. 3.

¹⁰⁹ Vid. STC de 15 de febrero de 2001, fto. jco. 11.

para el estatuto jurídico de las confesiones religiosas en nuestro ordenamiento.

Un sistema normativo que nos sitúa ante un modelo de relación que puede ser calificado como de *laicidad positiva* y ante una tipificación de las entidades religiosas en España de carácter plural y diverso, que puede llevar en sí mismo el germen de la discriminación. Una tipificación que en su punto más alto situaría el estatuto de la Iglesia católica, en base a la naturaleza jurídico-internacional que tienen los Acuerdos celebrados con el Estado español; en una posición inferior cabría situar a las confesiones con Acuerdo de cooperación con el Estado, esto es, los evangélicos, judíos y musulmanes; mientras que en un tercer escalón inferior se situarían las confesiones con notorio arraigo, y que en este momento tienen voto favorable de la Comisión Asesora de Libertad religiosa la Iglesia de los Santos de los Últimos Días y la Iglesia de los Testigos de Jehová; el escalón cuarto inferior estará ocupado por aquellas confesiones religiosas que están inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, mientras que el último de los escalones se situarían aquellos grupos que están inscritos en el Registro de Asociaciones y que, sin embargo, ellos mismos se consideran iglesia, confesión o comunidad religiosa.

LOS COLECTIVOS COMO SUJETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

M.^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La atribución de personalidad jurídica.—3. Sujetos colectivos y derechos humanos.—4. La complementariedad entre los derechos individuales y los derechos colectivos.—5. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Tratar sobre el tema de los sujetos colectivos produce una cierta fascinación y, a veces, la sensación de que estamos hablando sobre alguna especie de mito sin existencia real². De hecho, la inutilidad del concepto, su exagerada utilización e incluso la propia existencia del sujeto colectivo, planea sobre algunas referencias en torno a ellos. El misterio y la veneración sobre el concepto de persona tiene mucho que ver con aquella fascinación, en la que todo lo que le rodea es un cúmulo de controversias. Pero el aspecto controvertido, y las contradicciones que al reflexionar se plantean en torno a los sujetos colectivos, es un gran estímulo para la iusfilosofía. Como decía Radbruch: «la filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situar

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007.

² Algo, por otro lado, que no es nuevo en el ámbito de la teoría del derecho. Sirva como ejemplo que, a propósito de los principios, se ha dicho que tal vez sean uno de los «últimos y más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas». PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, «Cuadernos Bartolomé de las Casas», n.º 7, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998, p. 47.

ante la decisión; no debe hacer la vida fácil sino, precisamente, problemática»³.

Los colectivos, en el ámbito de los sujetos de derecho, nos sitúan ante determinadas cuestiones a dilucidar en las más altas esferas de la teoría del derecho. Entre ellas, la personalidad jurídica, las funciones del derecho, los conflictos de derechos, el papel del individuo y de la sociedad en la formación del libre desarrollo de la personalidad y las realidades o ficciones como presupuestos normativos.

La existencia, junto a las personas físicas, de otros sujetos no individuales reconocidos por el derecho para actuar en el tráfico jurídico es el punto de partida de la problemática, compleja y variada, que se plantea en relación a los sujetos colectivos. Junto al individuo proliferan otros órganos o entes, de procedencia muy variada, con aptitud para ser titulares de derechos y deberes, como asociaciones, instituciones, Estados, naciones, sindicatos, partidos políticos, colegios profesionales o confesiones religiosas. Su origen es tan variado como los ámbitos del derecho bajo cuya regulación son acogidas tales entidades: tanto en el derecho público como en el derecho privado. Así se pueden encontrar regulados algunos de estos sujetos en el derecho administrativo, derecho constitucional, derecho eclesiástico, derecho internacional público, derecho del trabajo, derecho mercantil o derecho civil.

De una forma muy genérica puede decirse que la configuración de estos entes es una lógica consecuencia de que el ser humano no vive en una situación de aislamiento social, sino que se integra en formas de vida en común, aprovechando en dicha situación distintas alternativas como forma de relación y de satisfacción de sus muy diversos intereses. El individuo es consciente de que, a través de la unión, es capaz de proteger sus intereses de manera más eficaz y así fortalecer sus posibilidades de desarrollo personal, cuando no una auténtica necesidad.

2. LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

Se ha hecho referencia a controversias, contradicciones y al aspecto problemático del sujeto colectivo. Entre ellas, está el hecho de

³ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 101. Añade Radbruch: «qué superflua sería la existencia para quien el mundo no fuera una contradicción y la vida una decisión».

que una pluralidad de personas unidas por diversos fines e intereses hayan de ser considerada como un sólo sujeto de derecho, operándose una separación de las esferas jurídicas de la entidad y la de sus miembros.

Es una evidencia que, en el ámbito del derecho, el concepto de persona no coincide plenamente con el de ser humano. La atribución de personalidad jurídica es una cuestión intensa y largamente debatida en el discurso jurídico. Lo ha sido referida a la persona física y, quizás en mayor medida, en las denominadas personas jurídicas, personas morales o personas incorpóreas, esto es, aquellas que tienen como sustrato una pluralidad de individuos susceptibles de ser consideradas como sujeto de derechos y deberes.

Etimológicamente, la palabra persona no está referida al hombre sino a la máscara que lleva el actor en el teatro griego y que le sirve para hacerse oír, para amplificar su voz (per-sonare). El derecho necesita contar con una máscara, con un actor en la escena jurídica. Para desempeñar tal papel el derecho no ha precisado, a lo largo de su historia, reconocer a todos los individuos la condición de sujeto de derecho de forma automática, ni cuando lo ha reconocido lo ha hecho a tenor de sus individualizadas características personales. La atribución de personalidad jurídica le corresponde al derecho, configurando así a un sujeto titular de derechos y deberes de forma objetiva, general y abstracta. En este sentido, se ha dicho que el ser humano, como sujeto de derecho, es un personaje objetivado por una máscara que le permite actuar en el tráfico jurídico y detrás de la cual «no hay algo real y auténtico»⁴.

Kelsen decía que ser persona y, por tanto, sujeto de derecho es la representación mental de un conjunto de normas, por el que se crea un centro de imputación de derechos y deberes. La persona física no es el hombre, sino una unidad de normas que convergen en el hombre; no es una realidad natural sino una construcción jurídica. La persona jurídica no es algo distinto de los derechos y obligaciones, sino que son esos derechos y obligaciones⁵. Desde tal perspectiva no es relevante la diferencia entre un sujeto individual, o persona física, y

⁴ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992, p. 56.

⁵ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, Porrúa, México D. F., 1993, pp. 182-186.

un sujeto colectivo. Ambos son personas jurídicas por una atribución del derecho que les permite actuar en el tráfico jurídico, como centros de imputación de derechos y deberes.

Tanto en el ámbito del derecho privado, como del derecho público, la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, no físicas, ha sido profusamente tratada a través de las teorías de la ficción, de la realidad o del reconocimiento. Para Savigny, el sujeto colectivo tiene una personalidad ficticia. Sólo el hombre es sujeto *per se* de derecho, porque sólo él está dotado de voluntad y razón. Mientras, para reconocer capacidad jurídica a una asociación de hombres, o a un complejo de bienes, es preciso fingir que constituyen una persona. No hay, por tanto, una realidad verdadera y viva detrás de estos entes, sino una creación de la ley, porque sólo existen para fines jurídicos y, por tanto, su capacidad ha de estar expresamente fijada en la ley. Se trata de sujetos artificialmente creados para fines patrimoniales⁶.

En una posición diferente a la de la ficción, según Grocio y Puffendorf, las corporaciones tienen una realidad propia, distinta de los miembros que la componen, amparada y reconocida por el derecho natural. Grocio afirma que hay un «cuerpo natural» y también un «cuerpo moral», en sentido ideal e intelectual, y en tal cuerpo es posible que una misma persona actúe como cabeza de varios y diversos cuerpos naturales⁷. Para Puffendorf, los seres morales pueden ser personas simples —físicas, hombres en particular— y personas compuestas, en las que varios hombres componen una misma y sola idea, de tal modo que lo que quieren o hacen en virtud de esa unión se considerará como una sola voluntad y una sola acción⁸. Otto von Gierke ahondará en tal idea de realidad de la persona compuesta asimilada a un organismo vivo. La personalidad de la corporación

⁶ Cfr. SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, Tomo II, & LXXXV y LXXXVI, pp. 57-62. En el mismo sentido, Puchta alude a la existencia no real sino ideal de la persona jurídica. Cfr. HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, trad. G. Hernández, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 36-37.

⁷ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. J. Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925, Tomo I, Libro I, Cap. III (VII.2), p. 154.

⁸ Cfr. PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Gentium. Libri Octo*, traducción al inglés C. H. Oldfather y W. A. Oldfather, Clarendon Press, Oxford, 1934, V. II, Cap. I. & 12-13, pp. 11-13. Cfr. CASTRO y BRAVO, F. de., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 165-169.

brotan de sí misma, hay una voluntad común unitaria y acciones y fines también unitarios. Actúan mediante órganos como lo hace el ser humano⁹.

Se considere que el derecho finge la personalidad de determinados entes o se entienda que tienen una real, efectiva y completa personalidad, que el derecho crea o reconozca la personalidad de sujetos que no son seres humanos, no cambia el hecho de la existencia de una serie de normas que imputan a los mismos derechos y deberes y que, como tales, son sujetos de relaciones jurídicas. Las personas físicas que componen estas entidades son plurales, pero la personalidad es única y diferente de la que se atribuye a sus distintos miembros¹⁰. Ya Aristóteles se planteaba la causa de que los compuestos de distintos elementos, como conjunto total, fuera uno, no como un montón sino, precisamente, como unidad, es decir, que constituyeran un todo distinto de sus partes¹¹. Una de las grandes cuestiones en la teoría del Estado es el tránsito desde una agregado de personas a una unidad compleja y, para algunos superior, pero en cualquier caso diferenciable de los ciudadanos¹².

La discusión sobre la naturaleza jurídica de supuestos sujetos colectivos o compuestos no pone en duda ni su existencia para el

⁹ Cfr. el Discurso de investidura como Rector en la Universidad de Berlín pronunciado por von GIERKE, O., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, pp. 9, 12. Al respecto puede verse: FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, trad. E. Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006, pp. 139-144. Un análisis de distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de las personas jurídicas colectivas puede verse en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Parte general del derecho civil*, V. II, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 251-255.

¹⁰ A veces ni siquiera estas entidades están compuestas por múltiples personas. Tómese en consideración la existencia de una sociedad compuesta por una sola persona física. En este caso, el derecho crea centros de imputación distintos para una misma persona física, como individuo y como sociedad.

¹¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, edición trilingüe por V. García Yebra, Gredos, Madrid, 1998, Libro VIII, Cap. 5, 1045, 10, p. 431.

¹² En el grabado de la portada del *Leviatán*, el cuerpo de ese símbolo del poder absoluto está formado por un agregado de seres humanos, como imagen del contractualismo. Sin embargo, la cabeza que sostiene la corona representa ya una unidad distinta y superior de los individuos que realizan el contrato y que se someten al poder del Estado. Página titular del *Leviatán*, edición de Molesworth, Londres, 1839. Puede consultarse en HOBBS, Th., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989.

derecho, sea real o ficticia, ni su conveniencia. De hecho ha sido una constante en la historia, tanto la personificación jurídica de entes no corporales, como la no personificación de seres humanos. La esclavitud es ya un ejemplo clásico y real de esto último. En cuanto a los primeros, numerosos ejemplos muestran la atribución de derechos y obligaciones a las unidades políticas o centros de poder corporativo y social. Entre ellos la *polis*, el *populus* romano, los municipios o, en el ámbito privado, las *universitates personarum* o las *bonorum*; en la Edad Media, las corporaciones, los gremios y los colegios; a partir de la Edad Moderna, las sociedades cuya atribución de personalidad jurídica, responde a una necesidad de limitar la responsabilidad jurídica y económica.

En definitiva, el concepto de persona en el ámbito jurídico no alude necesariamente al hombre, sino a un sujeto de derechos que puede ser distinto al ser humano. Determinadas entidades, como el Estado, el municipio, la Universidad, una sociedad, asociación o fundación, legalmente constituidas son realmente sujetos de derechos. Se trata de personas jurídicas, centros de imputación de derechos y deberes, que actúa como tales. A estos efectos, para el derecho no son un simple compuesto o agregado de personas, así como la persona física no es sujeto de derechos por sus características particulares, sino por aquellas objetivas que han determinado que el derecho le reconozca como tal. En cualquier caso, se trata de sujetos de derechos, si no individuales, si individualizados. Ahora bien, una dificultad añadida se produce en aquellas agrupaciones de individuos, cuyo conjunto no tiene atribuida personalidad jurídica, como el pueblo, la nación, o las minorías. Son los llamados sujetos difusos de los que trata la tercera generación de derechos humanos y, precisamente, son estos los sujetos que están en el centro del debate en materia de derechos colectivos a propósito de los derechos humanos.

3. SUJETOS COLECTIVOS Y DERECHOS HUMANOS

Cuando se trata sobre los derechos humanos resulta ineludible reflexionar sobre el sujeto de estos derechos y la consideración, como tal sujeto, del ser humano como categoría universal. La condición de la universalidad de los derechos humanos, en su origen concebidos como límites al Estado obligado a garantizarlos, partió de una abstracción de lo humano. Así los primeros derechos humanos fueron

derechos del hombre liberado de su status o condición social; derechos que encuentran su protagonista en un individuo aislado de múltiples condicionantes sociales. Este indiscutible protagonismo tuvo como efecto el papel subordinado de las colectividades que, configuradas como una creación del hombre y, por lo tanto, al servicio de sus intereses, fueron prohibidas cuando no servían a aquellos fines, cifrados en el respeto y garantía de los derechos individuales. El deseo de eliminar todo rastro del sistema feudal e impedir el resurgimiento de los gremios, el carácter individualista de unos principios liberales, que afirmaban la supremacía de la voluntad propia de cada individuo sobre cualquier otro vínculo, hace que los intereses individuales sean los únicos merecedores de protección, constituyendo los colectivos una amenaza a los mismos. Un claro ejemplo de ello es la prohibición, dos años después de la Declaración de derechos francesa de 1789, en la Ley le Chapelier, a patronos y obreros de coaligarse o establecer entre ellos cualquier género de vínculos¹³. La oposición de algunos pensadores, que influyeron notablemente en el nacimiento de los primeros derechos humanos, a la existencia de cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado es también muy revelador del aquel protagonismo de lo individual. Es el caso de Rousseau cuando en el *Contrato social*, al referirse a la voluntad general, dice: «importa, pues, para poder fijar bien el enunciado de la voluntad general, que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según él mismo»¹⁴. Se previene del sujeto colectivo, y de sus efectos perversos en la formación de la voluntad general, en nombre del triunfante sujeto individual. Pero, conviene recordar que esa voluntad general, prioritariamente formada a través de la voluntad de todos y cada uno de los ciudadanos, no es la suma de las voluntades particulares, ni la voluntad unánime, sino la que tiene en cuenta el interés común, aquella traducida en leyes para cuya conformación «todos necesitan igualmente guías»¹⁵.

¹³ El 14 de junio de 1791 Chapelier leía un informe en la Comisión de la Constitución que decía: «... no debe permitirse a los de cada profesión que se reúnan para sus pretendidos intereses comunes. No hay ya corporaciones en el Estado, no hay más que el interés particular del individuo y el interés general», cfr. VILLAVARDE, R. F., «Las coligaciones industriales y las huelgas de obreros ante el derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 101, 1902, p. 128.

¹⁴ ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, p. 55.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

Esos derechos, con origen en la filosofía del iusnaturalismo racionalista, concibieron al ser humano —siendo más precisos al hombre— desde una situación presocial, como portador de unos derechos naturales, cuya preservación en el pacto social se erigió en condición de legitimidad del orden político. El fundamento de los primeros derechos humanos, parte así de un hombre universal y abstracto portador, por esencia, de una serie de derechos. Son los derechos del individuo aislado de condicionantes sociales. Pero unos derechos que, a pesar de considerarse como individuales y universales, operaron numerosas exclusiones en los sujetos de los derechos. Fueron derechos del hombre, pero propietario; derechos del hombre, pero no mujer; derechos del hombre, pero plenamente capaz. Derechos, por lo tanto, no atribuidos al ser humano universal, sino a quienes el ordenamiento jurídico consideró aptos para ser titular de los mismos. Al respecto, no se debe olvidar que Kant, en relación a los derechos de participación política, exigía a su titular, además de la capacidad natural —no ser niño, ni mujer—, capacidad económica¹⁶.

El individualismo es la seña de identidad de aquellos iniciales derechos, pero la dimensión social no está al margen de sus orígenes. Baste señalar la idea de soberanía nacional o popular, estructurada con el derecho individual de voto, pero con una indiscutible esencia colectiva. La propia modernidad, situando en el centro de todo poder al individuo autónomo portador de derechos, límites al poder del Estado, lleva a cabo su proyecto política y jurídicamente bajo el dogma de la soberanía nacional y la idea de la ley como expresión de la voluntad general, es decir, en nombre de un sujeto no individual¹⁷.

Si la dimensión social del ser humano no está al margen de los orígenes de los primeros derechos humanos, el énfasis puesto en el individuo y sus derechos no han podido tampoco desvincular al hombre de su carácter social. El Robinson Crusoe, de Daniel Defoe, y su impronta literaria reflejó muy bien el ideal que lo humano representaba en la época y el significado del contractualismo. Pero Robinson no fue un hombre aislado. Fue a parar a una isla en soledad por un

¹⁶ Cfr. KANT, I., *Teoría y práctica*, trad. J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34.

¹⁷ El Estado es una creación artificial del ser humano, un medio al servicio de un fin: la garantía de los derechos individuales, de ese hombre que es un fin en sí mismo y no un medio para otro fin. Pero un Estado que es persona jurídica, es sujeto de derechos, aunque no de derechos humanos sino garante de los mismos.

accidente, no por su naturaleza; había sido educado en un contexto social; tampoco emprendió su viaje en solitario; y en su futuro contempló, y se afanó duramente en ello, vivir nuevamente en sociedad¹⁸.

Pocas ideas tan poderosas en la historia, por su capacidad de transformación, como la de los derechos humanos. La insuficiencia de aquellos primeros planteamientos en torno a los derechos humanos tuvo, para proteger en condiciones de igualdad real a los seres humanos, que operar ciertas transformaciones y adaptarse a nuevas necesidades y reivindicaciones de aquellos inicialmente excluidos de su ámbito de protección. En ese proceso de adaptación, los derechos humanos desde un concepto normativo universal y suprahistórico, han ido evolucionando para permitir una ampliación, tanto de los sujetos llamados a disfrutarlos y a desarrollar su proceso emancipador, como de los contenidos protegidos por el concepto.

En la segunda generación de derechos se produce un proceso de especificación de los sujetos para que, junto a aquellos derechos que habían tomado en consideración al individuo descontextualizado y abstracto, se incorporasen otros referidos al individuo en circunstancias concretas y, junto a los derechos de titularidad y ejercicio individual, se reconociesen derechos de ejercicio colectivo. Aparecen, por un lado, de derechos del ser humano, pero como trabajador, como mujer, como niño, como discapacitado, como extranjero... Por otro lado, desaparece aquella concepción del individualismo que pretendió impedir la existencia de asociaciones intermedias entre el individuo y el Estado, para reconocer el valor de determinadas entidades colectivas en el proyecto emancipador del ser humano. Entonces, no necesariamente se considera la existencia o la actividad de estos entes colectivos como limitadora del ejercicio de los derechos individuales, sino incluso como potenciadora de los mismos a personas pertenecientes a colectivos antes excluidos¹⁹.

¹⁸ Cfr. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, cit., p. 29.

¹⁹ Derechos como el de asociación o reunión son derechos de indudable ejercicio colectivo. Otros derechos van acompañados del ejercicio de facultades y funciones atribuidas a sujetos colectivos. La negociación colectiva corresponde a los sindicatos, muchas facultades en el derecho de huelga también o algunas de las limitaciones a la misma. Como ejemplo, la cláusula de paz sindical que, incorporada a un convenio colectivo impide, durante la vigencia del mismo, el ejercicio del derecho de huelga.

La contextualización del sujeto de derechos, la diversidad o la igualdad, pese a aquella diversidad, están en la base de la reivindicaciones de estos derechos cuya titularidad individual, aunque por razón de pertenencia a un grupo, ha sido en muchas ocasiones reafirmada. El debate en torno al reconocimiento del sujeto colectivo de los derechos humanos se intensifica en los llamados derechos de tercera generación. En los que, más aún que de titularidades colectivas, se habla de titularidades difusas²⁰.

Las concepciones abstractas del individualismo que concibieron al sujeto de los derechos humanos como un ser humano sin otros apelativos y, por tanto, universalmente titular de derechos que ejercía también individualmente, han sido superadas por el reconocimiento de derechos que no responden a aquellos parámetros. Por un lado, por derechos individuales pero de ejercicio colectivo, como el derecho de sindicación, huelga, asociación o reunión. De otro lado, por derechos individuales pero no reconocidos al individuo universalmente considerado, sino por razón de su pertenencia a un grupo determinado. Y, finalmente, por los derechos del grupo en cuanto tal, derechos como los de autodeterminación o de representación²¹.

Son, precisamente, estos últimos los que están en el centro del debate en torno a los sujetos colectivos de los derechos humanos. Lo universal y lo particular vuelven a tensionarse en un incesante intento de que la mejora de la calidad de vida de los seres humanos pueda traducirse en el lenguaje de los derechos humanos. Lo hizo en la primera generación de derechos frente a los privilegios del Antiguo Régimen; lo volvió a hacer en la segunda generación de derechos con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales junto a los derechos civiles y políticos; lo hace ahora con los derechos

²⁰ La titularidad difusa introduce más dificultades en el debate sobre el reconocimiento de derechos humanos colectivos. Se pone de manifiesto que la atribución de personalidad jurídica a entes colectivos exige que estos reúnan determinadas condiciones para el derecho. Condiciones que no cumplirían entes indeterminados, imprecisos o difusos. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 236. Para que exista un sujeto de derecho es preciso el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar por parte del derecho. El sujeto titular del derecho ha de ser identificable en términos jurídicos.

²¹ Cfr. GARCÍA INDA, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», n.º 20, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 113.

de tercera generación y sus planteamientos sobre los derechos colectivos. De la misma manera que los anteriores tránsitos no estuvieron exentos de polémicas, conflictos y dificultades, no lo está siendo ahora.

El multiculturalismo y el nacionalismo son el sustrato básico de las reivindicaciones de derechos que no pretenden ser universales, sino rescatar lo propio y diferente, en un mundo globalizado que, a la vez, está muy fragmentado social y culturalmente²². Los frentes abiertos a partir de un posible reconocimiento de los sujetos colectivos y los grupos con derechos, frente a otros individuos y otros grupos, son muchos. La propia existencia de derechos de titularidad colectiva es ya discutible para quienes sostienen que se trataría más bien de derechos a disfrutar individualmente de bienes colectivos. La delimitación del ente colectivo ahonda más en el problema de atribuir la titularidad de derechos a determinados sujetos. El carácter necesario o superfluo de estos derechos genera también un amplio debate. Aún más se discute sobre su posible peligro, en tanto potencialmente agresores de los derechos de sus miembros o la posibilidad de que reproduzcan o acentúen la desigualdad entre individuos que pertenezcan a distintos grupos, al no garantizar una distribución homogénea de los derechos²³.

Desde algunos planteamiento se niega la existencia de derechos cuya titularidad corresponda a sujetos colectivos. Desde tal posición, se considera que hay diferencias sustanciales entre que, para personas pertenecientes a determinados grupos, estén previstas garantías específicas, en orden a la efectividad del ejercicio de sus derechos individuales, enraizadas con el principio de igualdad y no discriminación, y que el grupo en sí tenga derechos. Una concepción generacional de los derechos, se dirá, implica una ampliación sucesiva de las condiciones de ejercicio y necesidades que se reconocen como derechos, pero no de los sujetos titulares que sigue siendo siempre la persona individual, bien aislada, contextualizada o interconectada a redes de comunicación o información²⁴.

²² Cfr. FARIÑAS DULCE, M. J., *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la «actitud postmoderna»*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 6, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2006, p. 8.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de Derechos Humanos: Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 164-165.

²⁴ En cuanto a la libre determinación de los pueblos se señala que no es un derecho humano, sino una condición política para el ejercicio de los derechos hu-

Frente a tal posición se afirma de manera indubitada la existencia de sujetos y de derechos colectivos en la realidad política, económica y jurídica. Tales derechos no serían sino una consecuencia inevitable de la sociabilidad del ser humano, del papel del nacionalismo y el multiculturalismo en las sociedades contemporáneas y del carácter no excluyente de los derechos individuales²⁵. Efectivamente, el reconocimiento social y jurídico de derechos a entes que no son individuos es una realidad. Sirvan como ejemplos algunos contemplados en la Constitución española de 1978: en el preámbulo se proclama la voluntad de proteger a todos los españoles y «pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lengua e instituciones»; en el artículo 2 se reconoce y garantiza el derecho de autonomía de «las nacionalidades y regiones» que la integran y la solidaridad entre todas ellas; los artículos 6 y 7 tratan de la libertad en la creación y el ejercicio de la actividad de «partidos políticos y sindicatos»; el artículo 28 afirma el derecho de estos últimos a «formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas»; el 9.2 establece el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de «los grupos» en que se integran sean reales y efectivas; el artículo 16.1 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto a los individuos y a «las comunidades»; el artículo 18.1 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y «familiar»; el artículo 20.3 garantiza el acceso a los medios de comunicación social, dependientes del Estado, de «los grupos sociales y políticos significativos»; el artículo 27.6 reconoce a «las personas físicas y jurídicas» la libertad de creación de centros docentes; el artículo 27.10 reconoce la autonomía de «las Universidades»; y el artículo 29.1 contempla el derecho de petición individual y «colectiva».

4. LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS

Como ya se ha mencionado, el nacionalismo y el multiculturalismo, característicos de nuestro tiempo, se convierten en el eje del

manos individuales. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, cit., pp. 233-234.

²⁵ Cfr. LÓPEZ CALERA, N., *¿hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 34.

debate de los sujetos colectivos como titulares de los derechos. La existencia de identidades culturales diversas constituyen el sustrato material de las reivindicaciones de nuevos derechos que tienen como finalidad la pervivencia de aquellas identidades y el cumplimiento de condiciones de igualdad entre los distintos grupos y sus integrantes. El fondo de su problemática está centrada en las relaciones entre el individuo y la comunidad y en los posibles conflictos que puedan surgir entre los derechos del grupo y los derechos individuales.

En las sociedades contemporáneas, el multiculturalismo ha llevado aparejado conflictos de reconocimiento y desigualdades entre grupos culturales diversos y diferenciados, con la consiguiente exclusión y marginación de las personas que forman parte de alguno de tales grupos. Conflictos que afectan a la propia existencia de la democracia participativa que, por un lado, encuentra en la libertad y el pluralismo su propia esencia y, por tanto, necesita respetar y garantizar. Pero que, por otro lado, requiere ciertos grados de homogeneidad en su composición para promover el consenso necesario para poder tomar decisiones con eficacia²⁶. En este escenario no bastan los mecanismos jurídicos previstos hasta ahora para evitar las discriminaciones. Son precisos nuevos instrumentos que permitan la integración de las diferencias culturales en un proyecto común y de respeto a las personas que formen parte de las identidades plurales. En definitiva, con el objetivo de alcanzar mayores cuotas de igualdad en la vida política, económica, social y cultural se genera una demanda de nuevas categorías jurídicas y políticas que den respuesta a las nuevas exigencias de la diversidad cultural: «nuevos sujetos sociales pugnan por romper el círculo cerrado de la ciudadanía para derribar el muro de la negación de derechos a los diferentes... minorías, inmigrantes, extranjeros, poblaciones indígenas quieren ser el nuevo sujeto universal y son hoy los nuevos agentes de lucha frente a la penúltima barrera a que se enfrenta el viejo ideal emancipador». Es este uno de los efectos de la «igualdad compleja» de la diversidad²⁷.

²⁶ Cfr. LUCAS, J. de., «La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos» en LUCAS, J. de. (Ed.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 64-65.

²⁷ *Ibidem*, pp. 89-90. Ver también, LUCAS, J. de., «Sobre algunas dificultades de la noción derechos colectivos», en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 161-162.

Los medios para conseguir tales objetivos de inclusión e integración, a pesar de las diferencias, pueden ser diversos. Por un lado, el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo: derechos representativos, formas de acción positiva o derecho de veto ante decisiones que afecten al grupo, serían algunos de ellos y vendrían a constituir el paradigma de lo que Iris M. Young denomina ciudadanía diferenciada²⁸. Por otro lado, el reconocimiento de derechos al grupo como tal, con el objetivo de preservar su identidad cultural y reducir sus desventajas y discriminación en el Estado: derechos colectivos como la autodeterminación, la autonomía, los derechos de excepción o de objeción²⁹.

Si los derechos colectivos responden a la insuficiencia de los derechos individuales para garantizar, en las condiciones actuales de vida, la plena integración y participación de los individuos que, por pertenecer a determinados grupos, están en situación de exclusión o marginación o, lo que es lo mismo, en unas condiciones de desigualdad que limitan las posibilidades de ejercer sus derechos, su objetivo no puede ser la pervivencia de grupo o la preservación de la identidad cultural del mismo como un fin en sí mismo. Al respecto conviene diferenciar la atribución de un derecho a un sujeto concreto, sea individual o colectivo, y su fundamento o justificación a efectos de dar un alcance determinado a los derechos, especialmente, en caso de conflicto con otros. En este sentido, la justificación de los derechos humanos sigue siendo el individuo como fin, la dignidad humana. No hay derechos colectivos sin referencia a las personas que lo forman. La fundamentación de los derechos humanos, de todos los derechos humanos, sean individuales o colectivos, es la dignidad humana. Es la persona un fin en sí misma y no los colectivos, en este caso, medio o instrumento al servicio de la satisfacción de las condiciones necesarias para la realización individual³⁰.

En este sentido, para tratar de sujetos colectivos, en el terreno de los derechos humanos, es preciso entender que la pertenencia al grupo proporciona relevantes aspectos en la formación de la identidad

²⁸ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 263-321.

²⁹ Cfr. GIANNI, M., «¿Cual podría ser la concepción liberal de la ciudadanía diferenciada?», en LUCAS, J. de. (Ed.), *La multiculturalidad*, cit., pp. 24-25.

³⁰ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los derechos colectivos», en ANSUÁ-TEGUI ROIG, F. J. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 70-72.

del individuo. Curiosamente, en un mundo globalizado, se refuerza la necesidad de identificación del individuo con los grupos para formar su propia identidad. La identidad ya no tiene como únicas referencias —probablemente nunca las ha tenido— al individuo y al Estado, ni los organismos intermedios entre ellos son necesariamente un factor de distorsión en la formación de su voluntad. Lo individual no es el único elemento que define lo humano; las identidades sociales y culturales son también necesarias para el desarrollo de la personalidad³¹.

La relación entre derechos individuales y colectivos, por ello, debe basarse en la complementariedad e interdependencia y no en la contraposición. El último fundamento de los derechos colectivos no puede ser otro que la satisfacción de los derechos individuales³². Dentro de estas coordenadas, los derechos colectivos son una consecuencia de la libertad, del pluralismo y de la igualdad en la diversidad, una cuestión de integración y no de asimilación. Una herramienta jurídica al servicio de tales objetivos, para los que no sirven las medidas antidiscriminatorias, ni las garantías tradicionales de los derechos individuales.

Los derechos colectivos adquieren así una dimensión instrumental, empeñada en la garantía de una mayor efectividad en el ejercicio de los derechos individuales y una importancia real en el desarrollo de los proyectos personales de los individuos. Unos proyectos en los que se puedan elegir distintas opciones de vida, de acuerdo con sus convicciones, sin que ello suponga una merma de la participación activa en la vida política, económica y social. Pero, desde esta perspectiva instrumental, no se debe prescindir del hecho de que el arraigo cultural no constituye una necesidad para todas las personas, ni de que existe el derecho a cuestionar aquellos valores propios de las culturas particulares. En este sentido, ha podido señalarse también que la globalización y el mestizaje «abren la puerta a un desarraigo creativo, enriquecedor y liberador»³³.

³¹ GARCÍA INDA, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 28.

³² JÁUREGUI, G., «Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible», en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 62-63.

³³ «El protagonista de nuestra época no es el campesino recluido en su cultura ancestral, sino, por ejemplo, el estudiante francés que escucha *rai* argelino

Al respecto, Kymlicka entiende que los derechos colectivos tienen dos significados distintos. Uno, define las relaciones dentro del grupo y alude a los derechos del grupo a limitar la libertad de sus miembros, en nombre del propio grupo. Se trataría de restricciones internas o derechos que protegen al grupo del efecto desestabilizador del disenso interno. El segundo significado está referido a las relaciones entre grupos y, teniendo como objetivo proteger al grupo del impacto de las decisiones externas, se configuran como derechos del grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad u otros grupos. Se trataría ahora de restricciones externas, justificadas con el fin de situar a los miembros del grupo en condiciones de igualdad, reduciendo su vulnerabilidad frente al grupo mayoritario³⁴.

Configurada la necesidad de los derechos colectivos en la finalidad de dotar a los individuos, que pertenecen a grupos diversos, de opciones reales, en condiciones de igualdad de ejercer sus derechos de participación, se trataría de una cuestión de justicia e igualdad entre grupos o, más bien, entre personas pertenecientes a distintos grupos. En este sentido, los derechos colectivos habrían de estar referidos al segundo de los significados que les atribuye Kymlicka. Reforzaría esta idea el hecho, ya señalado, de que la pertenencia a un determinado grupo no es el único elemento que define la identidad de sus miembros y, por lo tanto, la necesidad, como prioridad, de respetar la autonomía individual, entre cuyas manifestaciones se encontraría la posibilidad de adoptar criterios diferenciados con respecto al grupo. Si los derechos colectivos, son una vía de refuerzo, que puede ser eficaz, para garantizar derechos a sus miembros, lo que no deben ser es una medida de protección exclusiva ni excluyente. Más aún, para su efectividad real debe tenerse en cuenta que no deben suponer una disminución de los derechos individuales, al menos sí, cómo se ha señalado, su última justificación es dar res-

en un aparato japonés *hi-fi*, se alimenta de pasta italiana y *fast food* norteamericana, chapurrea español con los inmigrantes sudamericanos que viven en su barrio, lee a novelistas rusos, practica meditación budista y artes marciales coreanas, y abarca cibernéticamente el orbe a través de Internet», CONTRERAS, F. J., «Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka», en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., p. 151.

³⁴ Cfr. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. C. Castells Auleda, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 58-59.

puesta a la vulnerabilidad de los miembros del colectivo y no del grupo en sí³⁵.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha manifestado que la existencia de sujetos y derechos colectivos forma parte de la realidad social y jurídica y también se han señalado algunos de los aspectos problemáticos planteados en relación a ellos. El primero, tiene que ver con la propia delimitación del sujeto colectivo. Al respecto, tal vez sería conveniente incidir en que la titularidad de un derecho precisa de un sujeto jurídicamente identificable, un sujeto susceptible de ser incorporado al derecho, con órganos reconocidos y competentes para la toma de decisiones y, para ello, es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica³⁶.

En segundo lugar, frente a quienes estiman que recurrir a los derechos colectivos es innecesario, convendría también insistir en que los derechos colectivos responden a la necesidad de proveer de nuevos mecanismos para garantizar la igualdad de aquellos individuos que, por pertenecer a determinados grupos, se encuentran en una situación de desventaja, cuando no de exclusión o marginación. Y para ello, no siempre resultan satisfactorios otros mecanismos de protección. Como bien se ha dicho, el derecho de voto individual no resuelve el problema de la delimitación de las fronteras; ni la libertad de expresión, o el derecho a la educación, el derecho a mantener y expresarse en una determinada lengua; ni la libertad de circulación la política de inmigración³⁷.

³⁵ En este sentido, se señala la mayor importancia de los derechos sociales que de los derechos colectivos. Cfr. AÑÓN ROIG, M. J., «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en LUCAS, J. de. (Ed.), *La multiculturalidad*, cit., p. 265.

³⁶ No estaríamos ante un sujeto de un derecho colectivo cuando el sujeto que lo pretende es un sujeto difuso, con perfiles poco definidos, ámbitos inestables de actuación y sin garantías, Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los derechos colectivos», en ANSUATEGUI ROIG, F. J. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 73-76. Siguiendo con este planteamiento, el sujeto difuso podrá ser un aspirante a ser titular de derechos, pero no un sujeto de los mismos.

³⁷ Cfr. TORBISCO CASALS, N., «La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos», en LUCAS, J. de. (Ed.), *La multiculturalidad*, cit., p.287.

En último lugar y, por lo que se refiere a los temores sobre su peligrosidad, sería oportuno tener presentes algunas consideraciones. En relación al temor relativo a la limitación de los derechos individuales o al aumento de las desigualdades puede señalarse que la pretendida neutralidad, que a tenor de algunas posiciones supondría prescindir de este tipo de derechos, a menudo se traduce en un reforzamiento de los grupos ya dominantes³⁸. Finalmente, por lo que se refiere a una posible distribución no homogénea de los derechos y su difícil conciliación con la ciudadanía universal, sólo constatar que el sujeto real e histórico de los derechos humanos nunca ha sido universal. La construcción de la categoría universal ha operado históricamente generando múltiples exclusiones, con justificaciones más o menos aceptadas, contestadas y, continuamente, replanteadas.

³⁸ Cfr. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, cit., p. 152.

3. El Estado y las organizaciones como sujetos de Derecho

DE «PROTECTORADO INTERNACIONAL» A «ESTADO PROTEGIDO» (¿ES KOSOVO UN ESTADO?)

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Murcia*

SUMARIO:—1. Antecedentes.—2. Kosovo parece un Estado: 2.1. Cuenta, en principio, con los tres elementos constitutivos tradicionales del concepto de Estado: 2.1.1. Territorio. 2.1.2. Población. 2.1.3. Gobierno. 2.2. Más dudosa es su independencia: 2.2.1. Aunque formalmente parezca tenerla: 2.2.1.1. Declaración de independencia (2008). 2.2.1.2. Constitución (2008). 2.2.1.3. Reconocimiento. 2.2.2. Su independencia real no está nada clara. 2.2.3. Pero el Derecho Internacional es tan laxo y relajado (...).—3. Y sin embargo (...): 3.1. Kosovo nace «rompiendo» el principio de libre determinación de los pueblos: 3.1.1. El principio hoy. 3.1.2. Su naturaleza. 3.1.3. Consecuencias en el caso de Kosovo. 3.2. Y, por tanto, rompiendo la integridad territorial de un Estado independiente y soberano: 3.2.1. El principio y su naturaleza. 3.2.2. Consecuencias en el caso de Kosovo. 3.3. Kosovo nace también en violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.—4. Un Estado así no puede ser reconocido como tal: 4.1. El no-reconocimiento colectivo. 4.2. ¿Y entonces qué?, ¿»sostenella y no enmendalla»? 4.3. El improbable «deber-ser».

1. ANTECEDENTES

1. En 1946, y como premio por el apoyo recibido en la lucha contra Alemania, el régimen del Mariscal Tito creó para Kosovo por primera vez desde el fin de la dominación otomana una división política. En la nueva República Federativa Popular de Yugoslavia, se establece la denominada Área autónoma de Kosovo y Metohija perteneciente administrativamente a la República Socialista de Serbia, obteniendo en 1963 la condición de Provincia autónoma de Kosovo.

En 1974, la nueva Constitución yugoslava dio carta de naturaleza a esta nueva situación. En ejercicio de su autonomía, las escuelas aplicaron un plan de estudios en lengua albanesa, el gobierno local pasó a manos de la comunidad albano-kosovar y uno de sus miembros integró el Consejo Federal del país con capacidad de veto.

El aumento de la autonomía de Kosovo en favor de los albaneses generó roces con la comunidad serbia, importante en la región; además, la población kosovar cada vez era más albanesa, a causa de una mayor tasa de natalidad de aquella en comparación con la de los serbios de Kosovo. Con la muerte de Tito en 1980, las tensiones étnicas se acrecentaron en toda Yugoslavia y especialmente en Kosovo. Los albaneses reclamaban el *status* de república federada y su secesión de Serbia.

Hacia mediados de la década de los ochenta, en Serbia aumentó el nacionalismo, encarnado por Slobodan Milosevic. En 1989, la autonomía de Kosovo fue revocada. Se aprobó por su Asamblea, con los tanques rodeando el lugar, una nueva Constitución que entregaba el control de la policía, la justicia, la economía, el sistema de educación y la política lingüística al gobierno serbio. Los problemas se repitieron en otras partes del país, lo que sumado al proceso de democratización experimentado dieron origen a lo que hoy se conoce como la «disolución de Yugoslavia». En tan solo dos años (1991-1992), cuatro de las seis repúblicas que formaron este Estado federal se declararon independientes, conformando Serbia y Montenegro la que denominaron República Federal de Yugoslavia, iniciándose seguidamente entre estos nuevos países una serie de conflictos bélicos¹.

Kosovo, que seguía formalmente siendo parte de Serbia, declaró su independencia el 22 de septiembre de 1991. En esa época, y con el objetivo de defender la autonomía albano-kosovar, aparece el Ejército de Liberación de Kosovo (UÇK). Los enfrentamientos entre este grupo armado y el ejército federal se repitieron, despertando el interés de la comunidad internacional por fin en 1998. Diversas organizaciones intentaron lograr un acuerdo de paz que finalmente no fue alcanzado. Informaciones sobre asesinatos masivos de albaneses en la localidad de Racak influyeron en Occidente para intervenir en el conflicto con el fin declarado de evitar una limpieza étnica similar a

¹ BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La disolución de Yugoslavia*, Edersa, Pamplona, 2007.

la que había tenido lugar antes en Bosnia (simbolizada en la matanza de Srebrenica de 1995). Los descubrimientos de fosas que se llevaron a cabo tras la Guerra de Kosovo (1999) no parecen confirmar la amplitud con que se consideró en su momento los abusos del régimen contra los albanos-kosovares: y es que durante la «Guerra de Kosovo» el Ministro de AAEE del Reino Unido, Robin Cook, llegó a afirmar que la cifra de muertos alcanzaba los 300.000; después de meses de trabajo, sin embargo, los equipos del TPIY sólo habían contabilizado 2.018 cuerpos exhumados.

El 24 de marzo de 1999 la OTAN, sin autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, inicia una campaña de bombardeos que dura seis meses (hasta el 10 de julio de 1999) causando miles de muertos e irreparables daños en las infraestructuras de Yugoslavia. Es la «Guerra de Kosovo».

2. La «Guerra de Kosovo» (1999) arranca de un deseo de autodeterminación del pueblo kosovar reprimido por el Estado del que forma parte². El ataque de la OTAN a Yugoslavia se debe al hecho (y se condiciona el cese de los bombardeos a que Belgrado ceda en este tema) de que el Gobierno yugoslavo no acababa de reconocer un amplio estatuto de autonomía para Kosovo en el seno del Estado. En la Conferencia de Rambouillet, el plan definitivo que oferta a ambas partes el Grupo de Contacto está formado por diez principios básicos, dos de los cuales son: el respeto a la integridad territorial de Yugosla-

² Si para el profesor Ghebali el asunto de Kosovo se inicia en rigor en 1989 cuando el Gobierno de Belgrado revocó (un 23 de marzo) el estatuto de autonomía de la provincia (GHEBALI, V.-Y., «Le Kosovo entre la guerre et la paix», *Defense Nationale*, agosto-septiembre 1999, pp. 62-69, p. 63; y por si hubiera duda alguna posible al respecto, me remito a la afirmación escrita de un autor serbio que conectó [y justificó parece] la supresión de la autonomía del territorio con el objetivo del Gobierno yugoslavo de «reforzar sus derechos soberanos sobre la totalidad de su territorio» [PETKOVIC, R., «Yugoslavia versus Yugoslavia», *European Affairs*, I, 1991, febrero-marzo, en p. 75]), para el que fue Representante de la comunidad internacional para Bosnia-Herzegovina la cuestión está también muy clara: «Kosovo está detrás de la primera represión sangrienta de una reivindicación nacionalista —la manifestación kosovar por el estatuto de República en 1981 (...) Los (otros) dos grandes actos del problema de Kosovo (son) julio de 1990 y septiembre de 1991 (supresión de las instituciones políticas de la provincia y proclamación de la “República de Kosovo”) y febrero de 1996 (primeros atentados del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK))» (WESTENDORP, C., «Kosovo: Las lecciones de Bosnia», *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, n.º 70, pp. 45-58 (p.45).

via y un alto grado de autonomía para Kosovo³. Los albano-kosovares quieren la independencia o, al menos, la celebración de un referéndum de autodeterminación tras la expiración de un acuerdo transitorio de tres años, pero acaban firmando el Plan de paz; el Gobierno yugoslavo pareció aceptar la autonomía de Kosovo aunque en términos siempre ambiguos, lo que explica que, finalmente, Yugoslavia se negara a firmar el Plan de Rambouillet. La OTAN ataca, comunicando su decisión de proseguir hasta que Belgrado acepte el Plan de Paz. La evolución posterior de los acontecimientos confirma la omnipresencia en toda la crisis de los dos puntos mencionados:

i) Así, en la Cumbre de la OTAN en Washington de abril de 1999, con los ataques en marcha, la *Declaración de Kosovo* que en ella se aprueba ofrece una aproximación de los que será el futuro *status* del territorio, según el cual este se convertirá en una especie de protectorado bajo administración internacional «under which its people [se refiere al de Kosovo] can enjoy substantial autonomy within the FRY [Federal Republic of Yugoslavia]»⁴.

ii) El 3 de mayo de 1999, el Gobierno de Belgrado ofrece una salida al conflicto con base un documento de cuatro puntos, el tercero de los cuales sostenía la apertura de «un proceso político y la definición de una amplia autonomía para Kosovo en el marco de Serbia, sobre la base del principio de la igualdad de todos los ciudadanos y de la igualdad de las comunidades nacionales».

iii) En la segunda semana de mayo, el G-8, reunido en Bonn, presentó una propuesta para acabar con la «guerra de Kosovo», en la que se contemplaba la adopción por el Consejo de Seguridad, mar-

³ Los otros ocho: alto el fuego en el territorio, apertura entre ambas partes de negociaciones de paz, un acuerdo de transición sobre Kosovo de tres años, no suspensión o modificación unilateral de dicho acuerdo, respeto de los derechos de todos los grupos nacionales en Kosovo, elecciones libres en la provincia supervisadas por la OSCE, una amnistía de presos políticos, y la presencia de fuerzas internacionales de seguridad. Una síntesis del acuerdo se publicó en el diario *El País*, jueves 4 de marzo de 1999; véase también DE LA GORCE, P.M., «La historia secreta de las negociaciones de Rambouillet» e «Historia de unas negociaciones engañosas», *Le Monde diplomatique*, mayo 1999, p. 18 y junio 1999, p. 16.

⁴ *Statement on Kosovo. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington, DC on 23rd and 24th April 1999*, S-1/99)62, 23 april 1999 (<http://www.nato.int/docu/comm/1999/9904-wsh/9904-wsh.htm>).

ginado absolutamente de la intervención, de una resolución que incluyera siete principios generales, el sexto de los cuales exigía la apertura de un «proceso político dirigido al establecimiento de un acuerdo-marco político interino, que prevea para Kosovo una autonomía considerable, que tenga en cuenta los acuerdos de Rambouillet y el principio de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia y de los otros países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)».

iv) El Consejo de Seguridad aprobó el jueves 10 de junio de 1999, por catorce votos a favor y con la única abstención de la República Popular de China su resolución 1244, en la que «en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, 1. Decide que la solución política a la crisis de Kosovo se basará en los principios generales manifestados en el anexo 1 y en los principios y condiciones más detalladas que figuran en el anexo». En el Anexo 1, se reproduce la Declaración publicada por el Presidente de la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores del G-8, celebrada en el Centro de Petersberg el 6 de mayo de 1999⁵, y cuyo principio sexto es el que he reproducido anteriormente. En Kosovo, habrá una presencia Internacional «Civil», encarnada por la Misión de Naciones Unidas para Kosovo (MINUK/UNMIK) y otra «Militar», a cargo de la OTAN (Fuerzas para Kosovo, KFOR).

3. En el año 2001, la Misión de Naciones Unidas para Kosovo (MINUK/UNMIK) decidió entregar parte del gobierno a la comunidad albano-kosovar, naciendo así las Instituciones Provisionales de Autogobierno en el seno del nuevo marco constitucional. Se crean la Asamblea de Kosovo (cámara unicameral con 120 escaños, 100 de elección directa, 10m garantizados a la minoría serbia y 10 para otras minorías), la Presidencia y el cargo de Primer Ministro, llevándose a cabo a fines de 2001 las primeras elecciones generales en Kosovo. La elección fue boicoteado por los serbios de Kosovo, por lo que estos no «figuran» representados en los escaños de elección directa.

4. En noviembre de 2005, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, a la sazón el Sr. Kofi Annan, designó en efecto a Martti Ahtisaari, antiguo Presidente de Finlandia, como su «enviado

⁵ Sobre la misma *vid. ad ex.* «Chronique des faits internationaux», bajo la dirección de BALMOND, L. y WECKEL, PH., *Révue Générale de Droit International Public*, 103 (1999), n.º 3, pp. 739 ss.

especial para Kosovo» con el fin de elaborar un estatuto que pusiera fin a la situación en la que el territorio se encontraba. Después de catorce meses de negociación, el Sr. Ahtisaari remitió, en marzo de 2007, un informe al Consejo de Seguridad recomendando la independencia del territorio supervisada por la comunidad internacional y cuyos puntos clave eran los siguientes:

- Se han agotado las posibilidades de que las negociaciones den un resultado mutuamente aceptable para las partes⁶.
- Es urgente encontrar una solución definitiva para el estatuto de Kosovo, pues la incertidumbre sobre el mismo se ha convertido en un problema añadido para su desarrollo democrático, la recuperación económica y la reconciliación interétnica⁷.
- Una vuelta a la autoridad de Serbia en Kosovo no sería aceptable para la inmensa mayoría de su pueblo. La autonomía de la provincia dentro de Serbia es una opción indefendible, pero tampoco se sostiene la de seguir con la administración internacional, pues la Misión de Naciones Unidas para Kosovo ha sido incapaz de generar una economía viable⁸.
- La única alternativa realista es la independencia de Kosovo supervisada y apoyada por una presencia civil y una presencia militar internacionales que tengan, en uno y otro caso, competencias «considerables»⁹: el *Representante Civil Internacional*, que al mismo tiempo será Representante Especial de la Unión Europea y se designará por un Grupo Directivo Internacional, no tendrá intervención directa en la administración de Kosovo pero sí importantes facultades correctoras (como «anular las decisiones legislativas... aprobadas por las autoridades de Kosovo y la facultad de sancionar o deponer a funcionarios públicos cuyos actos considere incompatibles con el Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo»; la *Presencia Militar Internacional* será una misión

⁶ *Informe del Enviado Especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo* (S/2007/168, de 20 de marzo de 2007), pp. 1-0; y *Propuesta Integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo* (S/2007/168/Add.1), pp. 1-64. «Por muchas conversaciones que se celebren [podía leerse], cualquiera que sea el formato, no será posible salir del punto muerto» (S/2007/168, párrafo 3).

⁷ S/2007/168, párrafos 4 y 5.

⁸ S/2007/168, párrafos 7 y 9.

⁹ S/2007/168, párrafo 13.

militar dirigida por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), aunque se pedirá también a la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE) que preste también su asistencia en la aplicación del Acuerdo¹⁰.

- Una vez que entre en vigor el Acuerdo, habrá un período de transición de ciento veinte días y en un plazo de nueve meses desde la misma se celebrarán en el país elecciones generales y locales¹¹.

El Plan elaborado por el antiguo Presidente de Finlandia no pudo pasar, sin embargo, el control del Consejo de Seguridad. Las negociaciones entre Serbia y Kosovo prosiguieron pese a todo con la formación de una *troika*, formada por los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia y la Unión Europea, que ejerció su mediación en las conversaciones entre las partes durante otros ciento veinte días, período que finalizó el 27 de noviembre de 2007 también sin acuerdo.

5. El 17 de febrero de 2008, la Asamblea de Kosovo declaraba unilateralmente su independencia:

«Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano»¹².

La Asamblea de Kosovo fue elegida el 17 de noviembre de 2007, siendo las terceras elecciones, tras las de 2001 y 2004, desde la administración por la Organización de Naciones Unidas del territorio; la minoría serbia las boicoteó de nuevo. Fracasadas las conversaciones que las autoridades serbias y kosovares venían celebrando con el fin de llegar a un acuerdo sobre el estatuto final del territorio, el Gobierno de Kosovo salido de las elecciones de 2007 y presidido por Hashim Thaçi, del Partido del Progreso Democrático de Kosovo (PDK)¹³,

¹⁰ S/2007/168, párrafos 11, 13-14 del Anexo (Disposiciones principales de la propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo); S/2007/168/Add. 1, anexos IX, X y XI.

¹¹ S/2007/168, Anexo, párrafos 15 y 18.

¹² Kosovo Declaration of Independence, párrafo 1 (una traducción al español del texto en inglés de la misma en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/02/17/independencia_Kosovo.pdf).

¹³ El PDK fue fundado el 8 de marzo de 1999. Su líder, Hashim Thaçi antiguo miembro del Ejército de Liberación de Kosovo (UCK), considerado una organización

aprobó la Declaración de Independencia de Kosovo, basada en las recomendaciones del Enviado Especial de Naciones Unidas que se incluyen en su Informe al Consejo de Seguridad y en su Propuesta de Acuerdo sobre el futuro de Kosovo¹⁴. En su texto se dice:

«Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es plenamente acorde con las recomendaciones del enviado especial de las Naciones Unidas, Martti Ahtisaari, y con su propuesta general de establecimiento del estatuto de Kosovo», y «Aceptamos plenamente las obligaciones de Kosovo contenidas en el plan Ahtisaari y damos por bueno el marco que propone para guiar a Kosovo en los años venideros»;

Comprometiéndose, asimismo, el pueblo de Kosovo a adoptar «tan pronto como sea posible una Constitución... [que] incorporará todos los principios pertinente del plan Ahtisaari...» y pide y acepta a su vez:

«que la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) conserve el papel de dirección de la presencia militar internacional en Kosovo y que ponga en marcha las responsabilidades que se le asignan... en el plan Ahtisaari hasta el momento en que las instituciones de Kosovo sean capaces de asumir dichas responsabilidades»¹⁵.

En diciembre de 2007, la Unión Europea decidió el envío de una «misión estabilizadora» (EULEX) a la región de Kosovo destinada al traspaso de la MINUK (UNMIK) a manos europeas.

La Constitución de la República de Kosovo se aprobó por unanimidad y a mano alzada el 9 de abril de 2008¹⁶, entrando en vigor el domingo 15 de junio de dicho año.

6. Serbia anunció que no reconocería el nuevo Estado y decidió presentar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia respecto a la legalidad de la declaración, solicitud que fue aprobada por la Asamblea General en su resolución de 8 de octubre de 2008¹⁷.

terrorista por el Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia, cuya primera acción armada se remonta a 1993.

¹⁴ Citados *supra* nota 6.

¹⁵ Declaración de Independencia cit. (nota 12), párrafos 3, 4 y 5.

¹⁶ Su texto en inglés puede consultarse en <http://www.kushtetutakasoves.info/repository/docs/Constitution.of.the.Republic.of.Kosovo.pdf>.

¹⁷ A/RES/63/3, adoptada por 77 votos a favor, 6 en contra y 74 abstenciones.

El 22 de julio de 2010, la Corte emitió su opinión sobre la materia en discusión, en la que afirmó escuetamente y sin entrar en los problemas claves del tema, y que Serbia quería resolviera, que la declaración efectuada por Kosovo no violó el Derecho Internacional pues este no tiene una disposición expresa y concreta que prohíba efectuar declaraciones de independencia; volveré, por supuesto, sobre esta cuestión más adelante¹⁸.

Serbia reiteró que nunca reconocerían la independencia kosovar y su gobierno decidió presentar ante la Asamblea General de las Naciones Unidas un proyecto de resolución que reafirmara su soberanía sobre Kosovo, pero la presión de los principales países de la Unión Europea (a la que Serbia desea acceder) logró cambiar el enfoque y la resolución que la Asamblea General aprobó por aclamación se limita a tomar nota del contenido del dictamen de la Corte y a:

«acoger con beneplácito la disposición de la Unión Europea a facilitar un proceso de diálogo entre las partes...»¹⁹.

2. KOSOVO PARECE UN ESTADO

2.1. Cuenta, en principio, con los tres elementos constitutivos tradicionales del concepto de Estado

7. Aunque no existe una definición «oficial» en un texto de alcance de lo que sea un Estado para el Derecho internacional ni, por tanto, de sus requisitos o elementos constitutivos, ya el *Convenio de Montevideo sobre los derechos y deberes de los Estados*, de 26 de diciembre de 1933, incluyó una definición aceptada hoy como «una cristalización del estado del Derecho consuetudinario internacional»²⁰, según la cual:

¹⁸ Vid. *infra* parágrafos 28-31.

¹⁹ A/RES/64/298, 9 de septiembre de 2010, párrafos 1 y 2.

²⁰ WARBRICK, C., «States and recognition in International Law», en EVANS, M.D., *International Law*, Oxford University Press, 2006 (2.^a edic.), 217-276 (p. 221). Para CRAWFORD, J., el artículo I del Convenio de Montevideo es «the best known formulation of the basic criteria for statehood» (*The creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006 (2.^a edición), p. 45).

«El Estado, como persona de Derecho internacional, debería poseer los siguientes elementos constitutivos: a) una población permanente; b) un territorio definido; c) un gobierno; d) capacidad para establecer relaciones con otros Estados» (artículo 1)²¹.

Cuatro son, pues, los elementos que debe reunir una determinada entidad para poder ser considerada como un Estado en el Derecho internacional contemporáneo: territorio definido, población permanente, un gobierno y, lo diremos así, independencia.

8. La República de Kosovo parece contar al menos con los tres primeros elementos, lo que, siendo como son los más básicos y necesarios, le da sin duda una apariencia de Estado²².

2.1.1. Territorio

9. Tiene ante todo una *base territorial cierta*. No importa su extensión, que no es grande (10.908 kilómetros cuadrados)²³, pues no existe regla internacional alguna que exija una extensión mínima al territorio estatal; tan Estados son para el Derecho los asentados en colosales espacios geográficos, la República Popular de China por ejemplo, como Nauru con sus 21 kilómetros cuadrados o Mónaco y su 1.5 kilómetro cuadrado²⁴.

Por lo demás, pese a que un sector doctrinal defienda la necesidad de una clara delimitación del territorio, no existe en Derecho internacional una norma que la exija, por lo que un Estado puede serlo aunque sus fronteras no aparezcan marcadas con nitidez; podría hoy mencionarse el caso de Bosnia-Herzegovina, miembro de Naciones Unidas desde 1993 y reconocido por numerosos Estados, pese a que,

²¹ *Société des Nations. Recueil des traités*, 165 (1936), p36 ss. Anteriormente, la sentencia de 1 de agosto de 1929 del tribunal arbitral mixto germano-polaco, en el asunto de la *Deutsche Continental Gas Gesellschaft c. el Estado polaco*, se había expresado ya en parecidos términos (*Rec. TAM*, IX, 336-348).

²² En el mismo sentido, ARBUET-VIGNALI, H.: «Kosovo II: la independencia de los Estados y su reconocimiento. Una respuesta que nos negó la Corte», *Estudios del CURI (Consejo Uruguayo de Relaciones Internacionales)*, 12 de octubre de 2010, Estudio n.º 07/10, pp. 1-24 (p. 12) (http://www.curi.org.uy/index_archivos/pag_estudio_archivos/estudio07del10arbueta.pdf).

²³ «Geografía de Kosovo: generalidades», p. 1 (<http://geografia.laguia2000.com/geografia-regional/europa/kosovo/geografia-de-kovo...>).

²⁴ CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), p. 47 (tabla 1).

como es sabido, su territorio sólo se delimitó en términos claros con el Acuerdo de Dayton (1995). La jurisprudencia internacional, en épocas diversas, ha confirmado la idea de que basta con que el territorio estatal «tenga una consistencia suficientemente cierta (aunque sus fronteras no se encuentren aún exactamente delimitadas)»²⁵. En todo caso, la República de Kosovo, que limita al norte y este con Serbia, al sur con Macedonia y Albania y al oeste con Albania y Montenegro, a lo largo de 701 kms. de frontera, no parece tener conflictos territoriales con sus vecinos. Así, la Declaración de Independencia manifiesta expresamente que la República de Kosovo mantendrá las fronteras internacionales que fija el Anexo VIII del Acuerdo propuesto por el Sr. Ahtisaari²⁶; no temáis, viene a decir, no intentaremos la Gran Albania ni, podría decirse también, un «Gran Kosovo». La Constitución además explicita la idea que se recogió en la Declaración de Independencia:

«The Republic of Kosovo shall have not no territorial claims against, and shall seek no union with, any State or part of any State»²⁷.

Más grande o más pequeño, continuo o discontinuo (como Pakistán antes de la secesión de su parte oriental, hoy Bangladesh en 1971)²⁸ y razonablemente delimitado, territorio debe en todo caso haber, pues en la hipótesis en que un Estado perdiera toda su base física dejaría de existir según la costumbre internacional firmemente establecida, pues vendría a ser, como el representante de Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad afirmara en el debate sobre la admisión de Israel en Naciones Unidas, un 2 de diciembre de 1948 (sesión 383 del Consejo), como un «fantasma incorpóreo» («that one cannot contemplate a State as a kind of disembodied spirit...»).

10. Kosovo no es, en este sentido, un fantasma sin materia. Territorio, tiene.

²⁵ Sentencia arbitral de 1 de agosto de 1929 *cit.*, pp. 346-347; y en sentido similar la de 20 de febrero de 1969, de la CIJ, asunto de la plataforma continental del Mar del Norte, *CIJ Recueil 1969*, p. 32 (párrafo 46). También en el conflicto territorial entre Libia y el Chad, la CIJ se reafirmó tácitamente en esta idea: sentencia de 3 de febrero de 1994, asunto relativo al conflicto territorial (Jamahiriya Arabe Libia/Chad), *CIJ Recueil 1994*, pp. 22 y 26 (párrafos 44 y 52).

²⁶ Declaración de Independencia *cit.* (nota 12), párrafo 8.

²⁷ Constitution of the Republic of Kosovo *cit.* (*supra* nota 16), artículo 1.3.

²⁸ CRAWFORD, J., *The creation...*, *cit.* (nota 20), p. 47.

2.1.2. Población

11. Además de un territorio razonablemente definido, el Estado debe contar con una *población permanente*. Poco importa su número; tan Estado es la República Popular China, con más de 1.300 millones de habitantes, como Tuvalu, con algo más de 9.000²⁹.

Tampoco importa su grado de unión, pues el Derecho internacional no exige que la población del Estado sea «una» en su raza, cultura o tradición, siendo perfectamente posibles desde un punto de vista jurídico los Estados plurinacionales, como en su momento lo fueron la Unión Soviética o la misma Yugoslavia.

12. La República de Kosovo cuenta con una población, según estimación, en el 2002, de Naciones Unidas, de poco más de dos millones de habitantes. De ellos un 88% son de origen albanés y un 8% serbios. Su religión es abrumadoramente musulmana (92% frente a un 7% de cristianos ortodoxos y un 1% de católicos...).

Pequeña y no unitaria, pero Kosovo cuenta, sin duda, con una población permanente.

2.1.3. Gobierno

13. La existencia de una «organización política», un *Gobierno*, es preciso, junto con la población y el territorio, para que exista un Estado. Y quizás se trate del elemento «crítico»; así, la CIJ, en el *asunto del Sahara Occidental* (1975), descartó que la región del Sahara (y parte de lo que hoy llamamos Marruecos y Mauritania) fuese, en el siglo XIX, algo parecido a un Estado sobre la base de que su población, un conjunto de tribus nómadas que habitaba una base territorial cierta pero imprecisamente delimitada por la que se desplazaba con sus rebaños en busca de pastos, no estaba organizada políticamente para aspirar a ser una entidad con personalidad propia³⁰.

Las características que esta organización política deba tener, según el Derecho internacional, para ser catalogada de Gobierno no tienen que ver en principio con su constitución interna, su ideología o el

²⁹ CRAWFORD, J., *The creation...cit.* (nota 20), p. 52 (tabla 2).

³⁰ Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, *CIJ Recueil* 1975, pp. 12 ss. (p. 63, parágrafo 149).

modo como los poderes del Estado se estructuran (unitariamente o no) (...); todas estas cuestiones son a la postre internas y ante ellas el Derecho internacional se comporta «con neutralidad». Sí parece clara una tendencia a exigir del Gobierno su lealtad a la democracia y al principio del Estado de Derecho, pero no creemos que pueda llevarse, hoy, dicha actitud más allá de la afirmación efectuada («tendencia»), que se proyecta además más bien en sus manifestaciones prácticas sobre la cuestión del *reconocimiento*. A la postre, pues, parece que lo único que el Ordenamiento jurídico internacional exige es que cumpla con el principio de «efectividad», es decir, que tenga plena capacidad para ejercer las funciones estatales: en el plano interno, manteniendo el orden, la seguridad y el respeto a la ley; en el internacional, garantizando el cumplimiento de las obligaciones del Estado para con otros sujetos o, en su caso, para con la comunidad internacional en su conjunto.

Siendo la exigencia de un Gobierno efectivo una condición jurídica, pues, de la existencia del Estado, una entidad cuyas autoridades se revelaran incapaces de ejercer dichas funciones difícilmente podría ser considerada como tal por el Derecho internacional. Con todo, la doctrina predica que la ineffectividad de un Gobierno debe ser valorada con mucha prudencia, dando la práctica razón a este planteamiento, pues en ella la declaración de la falta de efectividad del Gobierno sólo se reserva para situaciones extremas. Yo entiendo, sí, que parece lógico considerar que en circunstancias normales el Derecho internacional funcione sobre la presunción de que el Gobierno de todo Estado formalmente existente y reconocido como tal cumple sus funciones y se niegue a entrar en la comprobación de su nivel real de eficacia, pero me sorprende más que en la práctica se tenga idéntica cautela en situaciones de clara dificultad en el mantenimiento de un orden mínimo, como en el caso de los *Estados fallidos*, dominados por señores de la guerra y en los que el Gobierno formalmente existente es incapaz de controlar buena parte del territorio y de asegurar una mínima estabilidad (Somalia entre 1991 y 2001...).

En todo caso, también parece razonable entender que cuando el nacimiento o la existencia de un Estado entran en contradicción con el Derecho internacional, el requisito de la «efectividad» del Gobierno deba exigirse con mayor rigor³¹.

³¹ CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), p. 59.

14. Kosovo tiene Gobierno, sin duda. La MINUK (UNMIK) traspasó competencias en el 2001 a las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo. Estas son las autoridades locales de la República desde la Declaración de Independencia (2008). Por lo demás la Constitución del pretendido nuevo Estado lo afirma claramente:

«Artículo 4 (Forma de Gobierno y separación de Poderes)

1. Kosovo es una República democrática basada en el principio de separación de y equilibrio de poderes (*of separation and the checks and balances among them*) de acuerdo con lo establecido en esta Constitución.
2. La Asamblea de la República de Kosovo ejerce el poder legislativo.
3. El Presidente de la República de Kosovo representa la unidad del pueblo. El Presidente de la República de Kosovo es el legítimo representante del país, en el interior y en el exterior, y es el garante del funcionamiento democrático de las instituciones de la República de Kosovo, de acuerdo con lo previsto en esta Constitución.
4. El Gobierno de la República de Kosovo es responsable de la aplicación de las leyes y políticas del Estado y se encuentra sujeto a control parlamentario.
5. El poder judicial es único e independiente y es ejercido por los tribunales.
6. El Tribunal Constitucional es un órgano independiente que protege la constitucionalidad y es el intérprete último de la Constitución.
7. La República de Kosovo tiene instituciones para la protección del orden constitucional y su integridad territorial, seguridad y orden público, que operan bajo la autoridad constitucional de las instituciones democráticas de la República de Kosovo»³²

Las autoridades de Kosovo ejercen, sí, de gobierno local, pero hay que tener en cuenta que aspectos esenciales para el mantenimiento

³² La traducción es mía. El texto en inglés de la Constitución en el lugar citado *supra* (nota 16).

de la administración siguen en manos de la MINUK (UNMIK) y de la EULEX, la operación de la Unión Europea decidida a finales de 2007; y los temas de seguridad son gestionados por la KFOR (OTAN). Y, en fin, en la parte Norte de Kosovo, de mayoría serbia, y aun en ciertos enclaves en el sur, la administración serbia sigue ejerciéndose por medio de la Asamblea Comunitaria de Kosovo y Metohija, compuesta por 45 representantes de 26 municipios con sede en Mitrovica, al norte del río Ibar y en territorios próximos a la frontera con Serbia; en julio de 2008, meses después de la declaración unilateral de independencia, el Gobierno de Serbia organizó elecciones locales en dichas zonas para seleccionar a los representantes de la Asamblea, pese al rechazo tanto de las Instituciones de la autoproclamada República de Kosovo como de la MINUK (UNMIK)³³, consiguiendo así crear una red de municipios que no obedecen al Gobierno de Kosovo, algo parecido a lo que se ha reconocido como «el embrión de una administración paralela»³⁴.

Así las cosas, un observador objetivo tiene dudas serias sobre si la República de Kosovo cuenta en verdad con un Gobierno capaz de mantener por sí mismo en el interior y en el exterior del territorio las funciones propias del Estado. Es verdad que el Derecho internacional es muy relajado a la hora de valorar si un Gobierno es o no efectivo, bastándole con muy poquito para decir sí; pero también lo es, con todo, como ya he apuntado³⁵, que el juicio sobre la efectividad o no del Gobierno debe ser más exigente si la entidad en cuestión ha nacido con un vicio de origen³⁶. En todo caso y como la incapacidad del Gobierno para hacer cumplir las funciones propias del Estado y su necesidad de contar con ayudas externas se solapa con el cuarto y último de los elementos constitutivos, la independencia³⁷, a lo que en este apartado diga me remito pues desde este.

³³ «Kosovo serbs set up rival assembly», *The Independent*, 30 de junio de 2008; y «Kosovo serbs convene parliament; Pristina, international authorities object», *Southeast European Times*, 30 junio 2008.

³⁴ SACALUGA, J.A., «Kosovo: una espiral de paradojas», 23 de julio de 2010, p. 2 ([http://sistemadigital.es/\(ACGGC3HHFlywEKAAAAMjg2YzU30WYtMjVKYy00N-zE...](http://sistemadigital.es/(ACGGC3HHFlywEKAAAAMjg2YzU30WYtMjVKYy00N-zE...); consultado el 31 de mayo de 2011).

³⁵ *Supra* parágrafo 13 *in fine*.

³⁶ CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), pp. 55-61, sobre todo p. 59.

³⁷ Para VERHOEVEN, J., «trois éléments sont traditionnellement jugés constitutifs de l'Etat, à savoir un territoire, une population et un gouvernement (indépendent)» («Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit interna-

2.2. Más dudosa es su independencia

15. La *independencia*, que el Convenio de Montevideo (1933) llamó «capacidad para establecer relaciones con otros Estados», implica dos elementos: de una parte, existencia separada dentro de fronteras razonablemente definidas y no sujeción, de otra, a la autoridad de Estado o entidad alguna. El primero es una consecuencia de los elementos constitutivos antes examinados y viene a confundirse con ellos: un Estado tiene existencia separada dentro de fronteras razonablemente definidas cuando goza del control efectivo sobre su territorio y población; pero esto no basta para que una entidad pueda calificarse de Estado, siendo también necesario que no esté sujeto a la autoridad de otro; y en este requisito reposa el núcleo duro de la noción de independencia.

No será difícil saber cuándo un Estado es *formalmente* independiente: su propia legislación, el reconocimiento oficial de su independencia por otros, la declaración de independencia otorgada por la antigua metrópoli... pueden constituir elementos de ayuda en este sentido. Más difícil es saber cuándo un Estado lo es *realmente*³⁸.

2.2.1. Aunque formalmente parezca tenerla

2.2.1.1. Declaración de independencia (2008)

16. El texto de la Declaración de Independencia adoptada por los ciento nueve diputados presentes de la Asamblea de Kosovo, no habiendo asistido a la reunión los diez diputados de la minoría serbia³⁹, pone mucho énfasis en transmitir a la comunidad internacional mensajes tranquilizadores y hace gala en las cuestiones más delicadas de una prudencia extrema⁴⁰.

tional public (2002)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/Collected Courses...*, 2008, 334, pp. 9-434 (p. 39).

³⁸ Sobre la necesidad de tal distinción, CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), pp. 66-89.

³⁹ Lo recordó oportunamente el Secretario General de Naciones Unidas, Ban-Ki Moon, en su intervención en la 5839.^a sesión, del lunes 18 de febrero de 2008, del Consejo de Seguridad en la que se debatió la Declaración de Independencia de Kosovo (S/PV.5839, p. 2).

⁴⁰ Sobre su contenido básico, *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., «Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia,

Con este mismo cuidado de no despertar temores en nadie, la Asamblea de Kosovo comunica al mundo que ellos serán los últimos, que con su independencia se «pone fin al proceso de disolución violenta de Yugoslavia» y que, por tanto, a partir de ahora el mapa de Europa será estable⁴¹; más aún, para ser la expresión más fiel posible del Plan del enviado especial de Naciones Unidas, Sr. Ahtisaari, la Declaración reproduce incluso la idea concreta que el antiguo Presidente de Finlandia utilizó en su Informe⁴² al señalar que «Kosovo es un caso especial... que no supone ningún precedente para cualquier otra situación»⁴³. ¿Por qué, por qué no supone precedente para nadie?; ¿qué o quién nos asegura que los que cerraron los ojos a la legalidad una vez no volverán a hacerlo otra en una situación parecida o que así les parezca...?

La Declaración de Independencia deja también muy clara la opción política internacional que el nuevo Estado ha elegido, al comprometerse a adoptar todas las medidas necesarias y llevar a cabo cuantas reformas se precisen para conseguir la plena integración de la República de Kosovo entre las «democracias euro-atlánticas» y «europeas», es decir, en la OTAN y en la Unión Europea⁴⁴.

17. Un texto tan prudente que dice basarse en el Informe del Representante del Secretario General de Naciones Unidas para Kosovo puede hacernos creer que la entidad resultante se ha convertido en un Estado «formalmente independiente» (...).

No es, sin embargo, todo tan fácil. Repárese ya en un dato: la Asamblea proclama la independencia de Kosovo sobre la base de un Informe y un Plan propuestos por un enviado del Secretario General que no consiguieron ser aprobados por el Consejo de Seguridad de aquella Organización. Tampoco la Declaración de Independencia

su constitución y otras reflexiones», *Documento de Trabajo n.º 41 (2008)*, 24/09/2008, pp. 1-21 (pp. 3-6) (www.realinstitutoelcano.org).

⁴¹ Declaración cit. (nota 12), párrafo 10.

⁴² Citado *supra* (nota 6).

⁴³ Párrafo sexto del preámbulo.

⁴⁴ Párrafo quinto del preámbulo y 6 de su texto. Sobre la posibilidad que «lo de Kosovo» sí sea un precedente (para Abjasia u Osetia del Sur por jemplo), FERNÁNDEZ LIESA, C., «Reflexiones sobre la Unión Europea y una nueva Política de seguridad y estabilidad internacional», *Los retos jurídicos de la Unión Europea*, colección Escuela Diplomática n.º 14, 2008, pp. 115-144 (pp. 138 ss.). *Vid. también infra* párrafo 42 *in fine*.

misma, debatida al día siguiente de su proclamación pública en el Consejo de Seguridad, pudo obtener una acogida favorable⁴⁵.

2.2.1.2. Constitución (2008)

18. Considerada aisladamente, y haciendo abstracción de todo lo demás, el contenido sustantivo de la Constitución de la República de Kosovo, aprobada por unanimidad y a mano alzada el 9 de abril de 2008⁴⁶, no plantea ninguna objeción seria. Desde un enfoque así,

⁴⁵ Si bien es cierto que, en su sesión del lunes 18 de febrero de 2008, seis de los quince miembros del Consejo se mostraron claramente a favorables a la independencia de Kosovo y estimaron que la Declaración que la proclamaba era conforme al Derecho internacional y a la resolución 1244 (1999), de 10 de junio de aquél (Sres. Verbeke [Bélgica], Mantovani [Italia], Sir John Sawers [Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte], Urbina [Costa Rica], Khalilzad [Estados Unidos de América], Ripert [Francia], en S/PV.5839, pp. 9-12, 13-15, 18-22) y que tres delegados no se pronunciaron, a nuestro juicio, netamente a favor de ninguna de las tesis enfrentadas (los sres. Ettalhi de la Jamahiriya Árabe Libia, Kafando de Burkina Faso y Jurica de Croacia, en S/PV.5839, pp. 16-18), no lo es menos que otros seis representantes manifestaron su rechazo, con más o menos contundencia, a la secesión de Kosovo, considerando contraria al Derecho internacional en general y a la resolución 1244 (1999) del Consejo en particular su Declaración de Independencia (Sres. Churkin [Federación de Rusia], Wang Guangya [China], Natalegawa [Indonesia], Le Luang Minh [Viet Nam], Kumalo [Sudáfrica] y, con más ambigüedad, el Sr. Arias [Panamá] que presidía el Consejo, en S/PV.5839, pp. 6-9, 12-13, 15-16, 17, 22-23. El más rotundo, sin duda, fue el representante ruso, que llegó a afirmar:

«La Federación de Rusia sigue reconociendo a la República de Serbia con sus fronteras reconocidas internacionalmente. La declaración de 17 de febrero de la Asamblea local de la provincia de Kosovo es una violación manifiesta de las normas y principios del derecho internacional, sobre todo de la Carta de Naciones Unidas, que socava los fundamentos de las relaciones internacionales. Es un acto ilegal y una violación patente de la soberanía de la República de Serbia, de los acuerdos del Grupo de Contacto de alto nivel, del Marco Constitucional de Kosovo, de la resolución 1244 (1999), documento básicos para la solución de la cuestión de Kosovo... La declaración unilateral de independencia y su reconocimiento son incompatibles con las disposiciones del Acta Final de Helsinki, en la que se declaran concretamente los principios de la inviolabilidad de las fronteras y la integridad territorial de los Estados. En las disposiciones se permiten cambios en las fronteras estatales sólo de acuerdo con el derecho internacional, por medios pacíficos y mediante acuerdo» (S/PV.5839, pp. 6-7).

⁴⁶ Texto cit. en nota 16 *supra*.

esto es, insistimos, sin fijarse en nada más que sus disposiciones sustantivas y haciendo abstracción (que ya es esfuerzo) de todo lo demás, podemos comprender que el Representante Especial de la Unión Europea en Kosovo, Pieter Feith manifestara en su día⁴⁷: «Kosovo tiene [dijo] una Constitución moderna que garantiza el pleno respeto del individuo y los derechos de la comunidad, incluidos los de los serbios de Kosovo, bajo el imperio de la ley», o que es una de las «Constituciones democráticas más progresistas de Europa»⁴⁸.

19. La existencia de un texto como este, en el que se proclama que «La República de Kosovo es un Estado independiente, soberano, democrático, único e indivisible» (artículo 1.1) y que «la soberanía a integridad territorial de la República de Kosovo es plena, inalienable, indivisible y protegida por todos los medios previstos en esta Constitución y en el Derecho» (artículo 2.2), constituye sin duda una manifestación de lo que podríamos llamar la «independencia formal» de un Estado por contraposición a su «independencia real».

Una entidad que ha declarado su independencia y cuenta con una Constitución parece desde luego un Estado. Pero ¿lo es en realidad?

2.2.1.3. Reconocimiento

20. Kosovo ha sido reconocido, hasta el momento, por 75 Estados⁴⁹. Es un número considerable sin duda pero no tanto como el de

⁴⁷ Radio Nacional de Bulgaria, 4 de abril de 2008 (<http://www.bnr.bg>).

⁴⁸ Sobre su contenido *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., «Apuntes críticos...» cit. (nota 40), pp. 8-12.

⁴⁹ Desde la declaración de independencia hasta el 15 de junio de 2011, 76 países miembros de las Naciones Unidas han reconocido la independencia de la República de Kosovo. Entre estos Estados se encuentran 22 de los 27 miembros de la Unión Europea, 22 de los 27 miembros de la OTAN y 7 de los 8 miembros del G8. Para un listado actualizado, <http://www.kosovothanksyou.com>.

Por otro lado, varias decenas de países entre los que se encuentran Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Chipre, Georgia, Eslovaquia, España, Kazajistán, Moldavia, Rumania, Rusia, Sri Lanka, Venezuela, Vietnam y otros han anunciado su rechazo a la declaración de independencia de Kosovo y su respeto a la integridad territorial de Serbia. Otros (Brasil, Chile, Jordania, México, Uruguay, Tailandia...) esperan un pronunciamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para tomar una decisión definitiva. En cuanto a organizaciones internacionales, la República de Kosovo no ha solicitado su membresía ante la Organización de las Naciones Unidas debido al anunciado veto de Rusia en el Consejo de Seguridad. En el caso de la Unión Europea, aunque ésta no reconoce países formalmente, no existe una polí-

los 117 miembros de la Organización de Naciones Unidas que no lo han hecho. Cuando la República Árabe Saharaui Democrática proclamó su independencia allá por la década de los ochenta del pasado siglo, casi ochenta Estados procedieron a su reconocimiento y hasta fue admitida en la entonces llamada Organización de la Unidad Africana (Unión Africana en la actualidad) (...) ¿Do están, hoy, los infante de Aragón...?

21. Aunque el reconocimiento no es un elemento constitutivo del concepto de Estado, sí puede ser una herramienta útil, un indicio valioso, sobre todo si se une a otros, como la declaración de independencia, la existencia de una Constitución..., que nos señale el camino sobre la independencia, al menos formal, de una entidad dada y a la postre sobre su naturaleza de Estado.

Y probablemente, si somos realistas, el reconocimiento, muy en particular si es obra de Estados poderosos e influyentes en el mundo, en las relaciones internacionales y por todos ello en la conformación del Derecho internacional, puede ser algo más, puede ser en definitiva la rampa de lanzamiento de la consolidación como Estado de una entidad que jurídicamente no debería serlo⁵⁰. El mismo Kosovo puede ser el ejemplo por excelencia (...).

2.2.2. *Su independencia real no está clara*

22. El que la MIKUN (UNMIK) lleve a cabo las relaciones internacionales del país⁵¹, el que esta misma Misión todavía ejerza funcio-

tica oficial que acepte la independencia de Kosovo ya que para hacerlo es necesaria la unanimidad de sus miembros, la cual no se ha logrado. El Fondo Monetario Internacional reconoció en junio de 2008 la independencia de Kosovo, siendo aceptado como miembro el 5 de mayo de 2009. Ese hecho propició su solicitud de incorporación al Banco Mundial, la cual fue aprobada el 4 de junio de 2009 y oficializada el 29 de junio, obteniendo así su primera membresía a un organismo especializado de las Naciones Unidas (*The Economist*, *economist.com*, 23 de julio de 2010; <http://es.wikipedia.org/wiki/kosovo> [consultada el 23 de mayo de 2011] y «Background Note: Kosovo», United States Department of State (Diplomacy in action), pp. 1-9 [p. 4], <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/100931.htm> [consultado el 8 de junio de 2011]).

⁵⁰ En el mismo sentido VERHOEVEN, J., «Considérations sur ce qui...» cit. (nota 36), p. 47.

⁵¹ LIROLA DELGADO, I., «El ejercicio de las relaciones exteriores de Kosovo por la UNMIK. ¿Una nueva manera de crear un “frankenstein” en Derecho Interna-

nes de administración y seguridad internas, el que la Operación de la Unión Europea (EULEX)⁵² vaya cogiendo el relevo de Naciones Unidas en estas cuestiones y el que los aspectos militares y de seguridad sigan en manos de la OTAN arrojan una dependencia del pretendido Estado de enorme alcance y en cuestiones importantes.

Si a esto añadimos la falta de eficacia (algunos llegan a afirmar que la complicidad) del Gobierno de Kosovo contra la delincuencia, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos recientemente denunciados, uno puede preguntarse ante qué tipo de ejercicio de funciones estatales estamos y por quién (...).

23. Con todo, y a los efectos de cargarnos de razón en la afirmación de si Kosovo reúne o no los elementos constitutivos del Estado, debe reconocerse también que el Derecho internacional es tan laxo y relajado en la apreciación de la independencia como tal que nos obliga a ser especialmente prudentes en nuestras afirmaciones.

Y es que no existen en el Derecho consuetudinario reglas claras que nos aclaren cuando un Estado es realmente independiente. Es importante, en todo caso, tener en cuenta que el grado de independencia real exigido por el Derecho internacional general es débil, por lo que la prueba de su falta deberá demostrar un *control extranjero* sobre la capacidad de decidir del ente, *afectando a una amplia gama de materias* y realizado de manera *sistemática y continuada*⁵³. ¿Es esta la situación del Kosovo actual? Tal vez habrá quien considere que la República de Kosovo es capaz, tan cerca del suelo se ha puesto el listón, de saltarlo. Otros acaso piensen que lo que en realidad se está reconociendo, por quienes lo hayan hecho o piensen en hacerlo, no será tanto a un Estado soberano, que reúne todos los elementos constitu-

cional?», *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n.º 10, febrero de 2009, GERI-UAM, pp. 1-25 (www.relacionesinternacionales.info)

⁵² Sobre las operaciones desarrolladas hasta el momento, con anterioridad a ésta, por la Unión Europea véase Acosta Sánchez, M.A., *La Política Exterior de Seguridad y Defensa y la gestión de crisis internacionales. Las operaciones Petersberg*, Dykinson, Madrid, 2008; y sobre la operación EULEX Kosovo misma, GUTIERREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., «Apuntes críticos... cit. (nota 39), pp. 12 ss.; BARCELÓ, M. J., «EULEX-Kosovo: ¿La misión imposible?», *Documento de Trabajo* 42/2008, 22/10/2008, pp. 1-23 (<http://www.realinstitutoelcano.org>); POND, E.: «Policing Kosovo: The challenges awaiting EULEX», *Europe's World*, summer 2008, pp. 131-135.

⁵³ Vid. CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), pp. 67 ss.

tivos del Estado según el Derecho internacional (población permanente, territorio definido, gobierno efectivo y capacidad para desarrollar por sí mismo relaciones internacionales plenas) sino más bien, como lúcidamente ha entendido Bárbara Delcourt, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Bruselas y miembro del Instituto de Estudios Europeo, «una entidad política cuyos poderes estarán limitados por la intervención de poderes exteriores» (antes Naciones Unidas y después la Unión Europea)⁵⁴; es decir, y es otra manera, más gráfica si cabe, de «ver» el componente perverso que el reconocimiento de la autoproclamada República de Kosovo encierra, lo que estaremos en su caso reconociendo no será a un sujeto nuevo e independiente de naturaleza estatal así denominado sino una secesión de parte del territorio del Estado soberano de Serbia.

Si pudiéramos encontrar una salida que nos permitiera escapar de una situación que algunos califican como de «opinabilidad», sería lo ideal. ¿Podemos? Tal vez sí, pues uno de los factores que la doctrina más autorizada en el conocimiento de estas cuestiones considera capaz de «derogar una situación de independencia actual» de un Estado sería la de la «ilegalidad sustancial de su origen», esto es, el caso de Estados nacidos en violación de ciertas reglas básicas del Ordenamiento jurídico internacional, como las que consagran el derecho de libre determinación de los pueblos, la prohibición del uso de la fuerza o la prohibición del *apartheid*⁵⁵.

3. Y SIN EMBARGO (...)

3.1. Kosovo nace «rompiendo» el principio de libre determinación de los pueblos

3.1.1. El principio hoy

24. En síntesis, el Derecho internacional concede a los pueblos nacionales que viven en un Estado soberano derecho de libre determinación, pero con un contenido diferente al de los pueblos coloniales: *A estos*, el derecho les otorga, si ese fuera su deseo, la indepen-

⁵⁴ Entrevista realizada por Snejana Jovanovic, «Interview: Kosovo, ¿qué tipo de reconocimiento?» ([http://paris.cafebabel.com/es/post/2008/02/28/Interview-:](http://paris.cafebabel.com/es/post/2008/02/28/Interview-)).

⁵⁵ CRAWFORD, J., *The creation...* (nota 20), pp. 74 y 96 ss.

dencia, pudiendo luchar, y pedir y recibir ayuda de Estado amigos en esa lucha, si es que se les denegara el ejercicio del mismo; algunos lo resumen diciendo que el derecho de libre determinación asegura a los pueblos coloniales su *autodeterminación externa*. El derecho de libre determinación de los *pueblos nacionales no coloniales* les protege de no ser excluidos del Gobierno del Estado ni perseguidos por su raza, credo o color. Por lo tanto, no la independencia⁵⁶ sino derecho a ser tratado en pie de igualdad, de estricta igualdad, con el resto de la población del Estado; algunos, aunque los términos nos parecen equívocos en este caso, lo sintetizan afirmando que los pueblos nacionales que viven en un Estado soberano tienen un derecho de *autodeterminación interna* pero no externa.

Un Estado que respeta ese mínimo cumple con el Derecho internacional en cuanto a la libre determinación de sus pueblos, viendo así protegida su integridad territorial por esta cláusula de salvaguardia contra eventuales secesiones:

«Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén por tanto, dotados de un Gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»⁵⁷.

⁵⁶ No somos los únicos: La mayoría de la doctrina, con base, repárese, en la práctica estatal, se pronuncia negativamente sobre un derecho de secesión de los pueblos no coloniales a tenor de la resolución 2625 (XXV) (*vid. ad ex.* Cassese, A.: *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, 2.^a reimp., pp. 123-124; Andrés Sáenz de Santamaría, P.: «La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, I (1997), pp. 113-203 (p. 187); Remiro Brotons, A.: «Soberanía del Estado, Libre Determinación de los Pueblos y Principio democrático», pp. 1-19 (pp. 7-14) (<http://www.uam.es/antonio.remiro/publicaciones/SoberaniaDelEstado/pdf>); ID.: «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, V (2001), pp. 110-120; Eudes, M.: «Retour sur une reussite passée inaperçue: L'Accord de Belfast et la nouvelle lecture du droit à l'autodétermination», *Révue Générale de Droit International Public*, 2006, n.º 3, pp. 633 ss.; CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), pp. 118-121; VERHOEVEN, J., «Considerations sur ce qui...», cit. (nota 37), p. 90.

⁵⁷ Párrafo séptimo del principio de libre determinación de los pueblos de la Declaración aneja a la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970.

Texto, éste, reproducido prácticamente por la resolución 50/6, de 24 de octubre de 1995, de la Asamblea General (Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas)⁵⁸.

Una interpretación de este naturaleza, defendida con vigor doctrinalmente⁵⁹, fue confirmada por el Tribunal Supremo de Canadá en su Declaración o dictamen de 20 de agosto de 1998 a propósito del asunto de Québec: en esta decisión, y citando tanto la resolución 2625 como la 50/6 en los pasajes aquí mencionados, el Tribunal acepta que los pueblos no discriminados y que están representados sin distinción alguna respecto de los demás que integran el Estado por el Gobierno del mismo ven respetado su derecho de autodeterminación, y queda garantizada la integridad territorial del mismo, excluyéndose, pues, un derecho unilateral a la secesión o a la independencia que solo en el caso de los pueblos coloniales u oprimidos (por una ocupación militar extranjera o un régimen racista) y, acaso, los pueblos discriminados y no representados por el Gobierno del Estado sin distinción alguna...» lo tendrían⁶⁰.

⁵⁸ En su párrafo 1 dedicado al tema de la *paz*, la Declaración reafirma el derecho de libre determinación de los pueblos y reproduce el párrafo séptimo del contenido en este principio en la Declaración de 1970 (*supra* nota anterior), alterando sólo su parte final: «de un Gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna».

⁵⁹ Como, sin ánimo de exhaustividad, CASSESE, A., *Self-determination...* cit. (nota 56), pp. 119 ss.; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., «Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación», en MARIÑO MENÉNDEZ F.M. (Ed.): *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996, pp. 77-110 (p. 105); CASTELLANO, J., *International law and self-determination*, M. Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 2000, p. 40.

⁶⁰ Supreme Court of Canada: Reference to secession of Quebec, august 20 1998, párrafos 126-139 (en *International Legal Materials*, XXXVII, 1998, n.º 6, noviembre, pp. 1.371-1.374); repárese en las dudas que el TS de Canada tiene respecto de esta tercera excepción (*vid.* sobre todo los párrafos 135 y 138 de su declaración, *ILM* cit, p. 1.373). Las dudas sobre el derecho a la secesión de «los pueblos (que están) en Estados independientes» se manifiestan incluso en autores que han destacado cómo el derecho de «todos» los pueblos a su libre determinación es de algún modo tributario del uso de la fuerza armada emprendido por ciertos movimientos de liberación nacional (como Chadwick, E.: *Self-determination, terrorism and international humanitarian law of armed conflict*, M. Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1996, p. 61) o que son nacionales de Estados soberanos muy jóvenes, como Croacia, que formaban parte de Yugoslavia: así para Budislav Vukas el principio de integridad territorial de los Estados soberanos e independientes debe ser en principio respetado, admitiendo que dicho principio podrá ser ignorado en determinados supuestos solamente: «si se violan los derechos humanos y libertades fundamentales, o la posición de un pueblo podría calificarse de estar bajo “dominación extranjera”, esto es bajo el dominio de otro pueblo» («States, peoples and minorities», *Recueil des Cours*, 231, 1991-VI, Nijhoff, Dordrecht, 1999, pp. 263-524, pp. 422-423).

El profesor Cassese precisa que la cláusula de salvaguardia con que se cierra el párrafo séptimo del principio sobre libre determinación detallado en la resolución 2625 (XXV) exige tres requisitos distintos

Con base en el edictamen del TS, el Gobierno de Canadá propuso al Parlamento federal la *Ley n.º 26, por la que se da efecto a la exigencia de claridad formulada por el Tribunal Supremo de Canadá en su dictamen sobre la Remisión relativa a la Secesión de Quebec*, comúnmente denominada Ley sobre la claridad, que se aprobó el 29 de junio de 2000. Esta es una norma de carácter general pensada para Quebec pero de aplicación a cualquier provincia de Canadá, por lo que la Federación admite la posibilidad de secesión siempre que se cumplan los requisitos de claridad exigidos. En síntesis, la Ley sobre la claridad requiere que en caso de convocarse un referéndum para consultar al pueblo de una provincia si quiere o no separarse de Canadá:

— La pregunta ha de estar formulada de forma clara e inteligible. Corresponde a la Cámara de los Comunes de Canadá determinar si la pregunta «permite a la población de la provincia declarar claramente si quiere o no que ésta deje de formar parte de Canadá y se convierta en un Estado independiente». No se permitirá que la pregunta mezcle secesión y acuerdo de asociación. Se debe preguntar al ciudadano si quiere ser independiente o no, pero no si además desea mantener alguna forma de asociación con Canadá. Tampoco se admitirá ninguna pregunta en la que se solicite a los electores de la provincia autorización para negociar con la Federación sin que se permita a la población declarar directamente si quiere o no dejar de formar parte de Canadá.

— Superados todos los requisitos legales imprescindibles para la validez de la consulta, la Cámara de los Comunes examinará los resultados del referéndum y tomará en consideración: a) La importancia de la mayoría de votos válidamente emitidos a favor de la propuesta de secesión; b) el porcentaje de participación en la votación; y c) cualesquiera otros factores o circunstancias que estime pertinentes. Sólo si el dictamen de la Cámara de los Comunes determina la existencia de una «mayoría clara» se podría entrar en la fase de negociaciones con el Gobierno federal y los de las provincias de Canadá.

— Las condiciones de secesión negociadas deberán contemplar el reparto del activo y del pasivo, cualquier modificación de las fronteras de la provincia, los derechos, intereses y reivindicaciones territoriales de los pueblos autóctonos de Canadá y la protección de los derechos de las minorías.

— La Ley sobre la claridad no reconoce el derecho de autodeterminación de ninguna provincia canadiense, incluida la de Quebec. Pero puesto que la Constitución permite a las provincias convocar referendos consultivos sobre cualquier materia, no puede impedir que se consulte a la población sobre si desea o no la secesión de Canadá que ha de analizarse a la luz del «principio democrático» según el cual no basta una mayoría simple sino que ha de haber una mayoría clara partidaria de la secesión para que pueda ponerse en marcha un proceso negociador. Alcanzado el acuerdo tras las negociaciones previstas en la Ley no por eso se consumaría la secesión. Puesto que el derecho de autodeterminación no está reconocido en la Constitución canadiense habría que proceder a la reforma de la Constitución de Canadá. La Ley sobre la claridad no aclara qué ocurriría en el caso de que aquella no se apruebe (Resulta interesante por su capacidad de síntesis la información titulada «El secesionista Bloque Québequés se hunde en las elecciones federales» publicada el 5 de mayo de 2011 en el diario *Tribuna de Navarra* [http://www.tribunadenavarra.es/pag_interior2.php?categoria=&num=3770, consultado el 24/05/2011]).

para que un pueblo que vive en el seno de un Estado pueda legítimamente invocar su derecho a la secesión:

«Thus, denial of the basic right of representation does not give per se to the right of secession. In addition, there must be gross breaches of fundamental human rights, and, what is more, the exclusion of any likelihood for a possible solution within the existing State structure»⁶¹.

Repárese, entonces, en que el Derecho internacional no parece exigir ni con mucho, si esta interpretación es correcta, a los Estados la concesión de «estatuto de autonomía» alguno a los pueblos que lo conforman cuanto más que este sea «amplio y considerable».

Dicho esto, hay que reconocer que ha habido países, en Europa, en los que pueblos que vivieron décadas en un Estado soberano (Yugoslavia) han roto por la fuerza de las armas sus lazos con él, y son hoy Estados, soberanos e independientes. ¿Estaba cambiando el Derecho internacional en relación precisamente con esta norma y en su aplicación, a los pueblos nacionales que forman parte de un Estado? Yo no creo que el reconocimiento internacional que algunos hicieron de Croacia o Eslovenia tuviera que ver con la intención de quienes con tanta rapidez lo llevaron a cabo de aplicar *jurídicamente* a esos pueblos el derecho de libre determinación puro y duro, tal cual se aplicó a los coloniales; *política* y *pragmatismo* son términos más adecuados en la búsqueda de una explicación al efecto (...) ⁶².

25. ¿Y el caso de Kosovo? Pues el caso de Kosovo y su desenlace inicial (1999) parecía, por otra parte, dar alas incluso a las tesis reduccionistas que ponían en duda el reconocimiento de un derecho de secesión unilateral para los pueblos-minoría aun en el caso de no verse

⁶¹ *Sel-determination...* cit. (nota 56), pp. 119-120.

⁶² «In order to try to control [escribe E. Chadwick] this new area of political instability» (*Sel-determination...* cit. [nota 60], p. 61); Antonio Cassese entiende que el reconocimiento de las ex-repúblicas yugoslavas es alentado por la Comunidad Europea sólo «cuando queda claro que el proceso de secesión es imparable», pudiendo por ello «calificarse de proceso revolucionario que tuvo lugar más allá de las reglas de Derecho positivo vigentes» (*Sel-determination of peoples. A...* cit. [nota 56], pp. 360, 270); y con términos en esencia análogos MARINO MENÉNDEZ, F.M., «Naciones Unidas y el derecho...» cit. (nota 59), pp. 100-101; y a «respuestas coyunturales» se ha referido también entre nosotros Andrés Sáenz de Santamaría, P.: «La libre determinación...» cit. (nota 56), pp. 179-182; VERHOEVEN, J., «Considerations sur ce qui...», cit. (nota 37), pp. 46-47.

representados sin distinción alguna en el Gobierno del Estado. Recuérdese que el TS de Canadá consideró en su declaración sobre Québec (1998) «poco claro que esta «tercera propuesta [la del derecho de secesión de los pueblos maltratados por su propio Estado] refleje actualmente un estándar bien establecido de Derecho internacional»⁶³.

Y es que dadas las circunstancias del caso, si las medidas del régimen de Milosevic contra el pueblo kosovar no suponían una distinción clara respecto del pueblo serbio y su marginación por el Gobierno del Estado ¿qué debe hacerse con un pueblo, entonces, para considerar el supuesto aplicable?⁶⁴ La OTAN, en caso tal, ¿no hubiera debido apoyar la independencia abierta y francamente?, ¿acaso el principio de libre determinación de los pueblos-minoría, contrariamente a lo que algunos creíamos, no permite un derecho de secesión ni siquiera en estos casos extremos?⁶⁵ Esta es la conclusión a la que el asunto de Kosovo llevaba, en opinión de algún autor, esto es, confirmar que la que se ha denominado hipótesis de la «secesión-remedio», que en su opinión no era admitida por el Derecho positivo, en efecto no lo es⁶⁶.

Todo parece quedar hoy tan lejos (...). Son imágenes del pasado sin duda, cuando lo que vemos en la actualidad exhibir en las pantallas de

⁶³ Declaración cit. (nota 60), párrafo 135 (ILA cit., p. 1373).

⁶⁴ HILLGRUBER, CH., sí consideró que la minoría albanesa es objeto de persecución en tanto que pueblo o grupo étnico por el Gobierno del Estado; y coherente con su conclusión, defiende, con base en esas consideraciones, el derecho de secesión de Kosovo («The admission of new States to the international community», *European Journal of International Law*, 9 [1998], pp. 491-509, p. 509).

⁶⁵ Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 212-213; GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 472-473; Vukas cit. (nota 60), loc. cit.; Christakis, Th.: *Le droit de l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La Documentation Française, París, 1999, pp. 296 ss; Abi-Saab, G.: «Cours Général de Droit International Public», *Recueil ds Cours*, 207 (1987-VII), pp. 402-406; Jiménez de Aréchaga, E.: «International Law in the past third of century», *Recueil des Cours*, 159 (1978-I), pp. 1-344 (p. 110); REMIRO BROTONS, A., «Soberanía del Estado...», cit. (nota 56), p. 9.

⁶⁶ CORTEN, O., «A propos d'un désormais "classique": *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, de Théodore Christakis», *Revue Belge de Droit International*, XXXII (1999), n.º 1, pp. 340-344; de la misma opinión, Kohen, M.G.: «L'emploi de la force et la crise de Kosovo: Vers un nouveau désordre juridique international», *Révue Belge de Droit International*, XXXII (1999), n.º 1, pp. 127-129.

moda, y entre el aplauso de los grandes, es todo lo contrario (¡el mundo al revés !) : si el pueblo que forma parte de un Estados soberano, que se declara dispuesto no solo a no excluirlo de la *res publica* sino incluso también a otorgarle (o restituirle) un amplio estatuto de autonomía, desea salir de él (...), ¡de él se va !; así, simplemente porque eso es lo que quiere. Es esta claramente la tesis, *va de soi* que jurídicamente incorrecta en mi opinión, mantenida ante el Consejo de Seguridad por el representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sir John Sawers, al afirmar (en defensa de la independencia unilateral y el reconocimiento de la República de Kosovo):

«la comunidad internacional no puede ser parte de un acuerdo [se refiere a permanecer en serbia] al que se opone más del 90% de la población de un territorio»⁶⁷.

Tesis antijurídica y que no parece compatible, por lo demás, con ese intento de tranquilizar al mundo que se viene utilizando *ad nauseam* por quienes patrocinan un Kosovo independiente al reiterar una y otra vez que es éste «un caso *sui generis* que no establece un precedente más amplio»⁶⁸, dado que podríamos de inmediato preguntar a nuestros cansinos interlocutores: ¿ni siquiera, en esos otros casos, en los que un noventa por ciento de la población (la minoría serbia en Kosovo quizás) quiera «irse»...? El Derecho internacional es el que es y no una veleta a la que podamos soplar cuando queramos para que marque siempre aquella dirección de la Rosa de los Vientos que mejor convenga a nuestros intereses...; y el Derecho internacional contemporáneo no permite a un pueblo no colonial al que el Gobierno del Estado en el que está no discrimina, ni persigue, ni le impide participar en igualdad de condiciones que el resto de su población en la gestión de la *res publica* abandonarle por su exclusiva voluntad.

3.1.2. *Su naturaleza*

26. Es evidente que el principio que consagra el derecho de libre determinación de los pueblos, aplicado extensa e intensamente a los pueblos coloniales desde los años sesenta, se ha convertido en una norma de Derecho internacional positivo. Norma sí, y más en concreto consuetudinaria de carácter general, al reunir los dos elementos

⁶⁷ S/PV.5839, p. 14.

⁶⁸ Como Sir John afirmó (S/PV.5839, p. 14).

precisos para la conformación de una costumbre: numerosas resoluciones de las Naciones Unidas, adoptadas por unanimidad, sin votos en contra o por abrumadoras mayorías sobre casos concretos y sobre problemas o enfoques generales del tema, la práctica de los Estados con colonias, que han procedido, acatando estas resoluciones, a descolonizar sus antiguas posesiones, la incorporación de algunas de las disposiciones derivadas del derecho a la libre determinación en tratados internacionales universalmente «consentidos».

Todos estos hechos analizados en su conjunto permiten sustentar la existencia de una práctica general, uniforme y constante (elemento material) realizada con el convencimiento de su obligatoriedad jurídica (elemento espiritual u *opinio iuris*). Una interpretación de esta naturaleza se ve considerablemente reforzada de un lado por ser sustentada por un sector doctrinal abrumadoramente mayoritario que ha analizado esta práctica, y, de otro y sobre todo, porque la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha ratificado la naturaleza jurídico-consuetudinaria del derecho de los pueblos coloniales a su libre determinación⁶⁹.

27. Más aún, nadie pone en duda hoy que esta norma forma parte del Derecho internacional imperativo, siendo pues de fundamental importancia para la comunidad internacional en su conjunto. La CIJ y la Comisión de Derecho Internacional (CDI) lo han afirmado resueltamente⁷⁰, lo que implica, entre otras consecuencias, que su violación grave supondrá para su autor el régimen de responsabilidad particular que, según el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* aprobado por la Comisión en agosto de 2001 y endosado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de ese mismo año⁷¹ y, también, el

⁶⁹ Dictamen consultivo de 21 de junio de 1971, asunto de Namibia, párrafo 52 (*CIJ Recueil 1971*, p. 31); dictamen consultivo de 16 de octubre de 1975, asunto del Sahara occidental, párrafos 54-58 (*CIJ Recueil 1975*, pp. 31-33).

⁷⁰ Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 33-34, asunto de la Barcelona Traction, *CIJ Recueil 1970*, p. 32; sentencia de 30 de junio de 1995, párrafo 29, asunto de Timor Oriental, *CIJ Recueil 1995*, p. 102. Por lo que a la CDI se refiere, comentarios 4 y 5 al artículo 40 de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Informe de la CDI sobre su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*. Documentos oficiales de la Asamblea General, 56.º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (56/10), Nueva York, 2001, pp. 306-307).

⁷¹ Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales que la CDI aprueba en el 2009 en primera lectura⁷², corresponde a quienes cometan ese tipo, particularmente grave, de hecho ilícitos⁷³.

3.1.3. Consecuencias en el caso de Kosovo

28. A la luz de lo anteriormente expuesto, la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo no puede apoyarse en el principio de libre determinación de los pueblos y, por tanto, su secesión rompe sin justificación jurídica alguna la integridad territorial de Serbia.

Me centraré ahora en el derecho de libre determinación para en el apartado siguiente hacer lo propio con el de integridad territorial.

29. La CIJ ha decidido en su Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, por 10 jueces contra 4, que la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo no es contraria al Derecho Internacional⁷⁴, dado que este Ordenamiento jurídico no contiene norma alguna que prohíba hacer declaraciones de independencia⁷⁵. Así formulada, la frase resulta sorprendente para el internacionalista, por lo su lacónismo, por su elementalidad, por su incuria en el esfuerzo de convencer... Y lo mismo puede predicarse de su respuesta a las dos alegaciones que en el marco de la posición de la Corte en este punto se plantearon en el procedimiento por algunos de los participantes y

⁷² Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *asunto sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, parágrafo 123 (p. 44) (<http://www.icj-cji.org>)

⁷³ Para un análisis detallado de los Proyectos sobre la responsabilidad del Estado (2001) y de las Organizaciones internacionales (2009), *vid.* Gutiérrez Espada, C.: *El hecho ilícito internacional*, Dykimnson, Madrid, 2005; ID.: *La responsabilidad internacional (consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2005; ID.: *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (balance provisional de coincidencias y matices)*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2010.

⁷⁴ <http://www.icj-cij.org>. Un análisis de la misma en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., «De la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, 22 de julio de 2010, sobre Kosovo», *Documento de Trabajo* 35/2010, 10/11/2010, pp. 1-13 (<http://www.realinstitutoelcano.org>); BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma», *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 26 (2010), pp. 7-59.

⁷⁵ Opinión consultiva cit. (nota 74), párrafos 79, 81 y 84.

eran susceptibles de derribar la casita que esta tenía en mente construir, como finalmente hizo, y que el tribunal despacha asimismo rápidamente. Abordaremos ambas, aquí la relativa a la declaración de independencia propiamente dicha y en el apartado siguiente al tema de la conexión de esta con el principio de integridad territorial.

La Corte, que reconoce la existencia de práctica por la que el Consejo de Seguridad ha condenado las declaraciones de ciertas entidades proclamando que proclamaban con ellas su estatalidad (resoluciones 216 y 217 de 1965 en el caso de Redecía del Sur, la resolución 541 en 1983 respecto de la autoproclamada República Turca del Norte de Chipre y la resolución 787, adoptada en 1992, sobre la República Srpska), entiende que el Consejo consideró nulas dichas declaraciones y prohibió el reconocimiento como Estados de las entidades que las proclamaron «no por las declaraciones de independencia en sí mismas sino por que estas se hicieron sobre la base de un recurso ilícito a la fuerza o sobre la base de otras violaciones graves de normas de Derecho Internacional general en particular de naturaleza imperativa (*ius cogens*)» (párrafo 81). Y que por eso el Consejo de Seguridad se pronunció de esa manera. Pero no lo ha hecho, afirma la Corte, en el caso de Kosovo (*ibidem*), porque en éste (se desprende de sus palabras) no se dan aquellas violaciones.

Lo primero que cabría aducir de este pasaje es que realmente el Consejo no podía en este asunto decir nada para no contradecir de algún modo sus propios actos, pues todos recordaremos seguramente que cuando la «Guerra de Kosovo» acaba y la intervención armada de la OTAN, realizada sin autorización del Consejo de Seguridad, finaliza con la derrota de Yugoslavia el Consejo asumió la situación resultante con su resolución 1244 (1999) sin una sola palabra solo la conformidad o no de lo ocurrido con el Derecho Internacional; ¿iba ahora a condenar la declaración de independencia de Kosovo alegando un uso ilícito de la fuerza...? Incluso cabría hacer, desde otro enfoque, una nueva reflexión: Si el Consejo creó una administración provisional de Kosovo, con pleno respeto de la integridad territorial yugoslava (hasta alcanzar un estatuto definitivo para el territorio), que el Consejo debería aprobar (¿o acaso ese estatuto puede decidirse unilateralmente por Kosovo?), lo que este no ha hecho en efecto, ¿no cabría entonces interpretar también su silencio sobre la Declaración de Independencia como la valoración de que la misma no es satisfactoria y que en todo caso el régimen internacional previsto sigue plenamente vigente (con la preservación de la soberanía Serbia...)?

30. Las cuestiones clave en este asunto son, de una parte, la de saber si el Ordenamiento jurídico de la sociedad internacional contemporánea avala el que un pueblo que, administrado o no internacionalmente, forma parte de un Estado independiente y soberano (lo que, por lo demás, como ya hemos señalado anteriormente, la propia Corte ha reconocido) puede porque eso es sin más lo que desea «salir» de él...; y asimismo la de saber cuales son los límites y condiciones de este derecho de secesión.

Estos son los problemas clave y su aclaración jurídica, en el año 2010, por la Corte hubiera sido una aportación de la mayor importancia para el Derecho internacional, pues el tema no está claro y porque es delicado tanto política como jurídicamente para las relaciones internacionales. Pero el tribunal se niega a hacerlo, alegando que la pregunta que le formula la Asamblea General solo se interesa por saber si la declaración unilateral de independencia es conforme o no con el Derecho internacional y no «se refiere a las consecuencias jurídicas de la declaración en causa», afirmando que para ello, como en otros casos de su jurisprudencia (cita dos), debía haberse «este aspecto expresamente indicado» en la pregunta. Como no es así, la Corte no se considera «preguntada sobre si Kosovo ha accedido o no a la cualidad de Estado, ni sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por algunos Estados»⁷⁶. ¿No es esta la manifestación de un formalismo feroz, desmesurado?

No me convence ni a mí ni a algunos de sus integrantes⁷⁷. Para mí y para ellos, como el sentido común nos dice, lo que Serbia quería saber cuando propuso a la Asamblea General el planteamiento a la Corte de la pregunta, y la cuestión misma que esta formuló es clara y precisa en una interpretación de buena fe y conforme a la lógica, era precisamente qué consecuencias jurídicas, para Serbia y para el Mundo, un acto así suponía...⁷⁸ La Corte despacha, por lo demás con la naturalidad tan lacónica y formalista que preside toda su Opinión,

⁷⁶ Opinión consultiva cit. (nota 74), párrafos 51 y 83.

⁷⁷ Los jueces Bennouna y Skotnikov (párrafos 30 y 18, respectivamente, de sus opiniones), que disintieron de la mayoría, pero tampoco al vicepresidente Tomka (declaración, párrafo 10) o al juez Yusuf (opinión individual, párrafo 6), que sin embargo (misterios de los debates en el seno de los tribunales probablemente) votaron con la mayoría.

⁷⁸ ARBUET-VIGNALI, H., «Kosovo II...» cit. (nota 22), pp. 11 ss.

la alusión de «numerosos» participantes en el procedimientos (el calificativo es suyo) a la declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, en la que este se pronunció claramente en general sobre el derecho de secesión de un pueblo en un contexto que no es el de la descolonización o el de la ocupación extranjera o racista. En este caso, la Asamblea General, afirma la Corte, pregunta únicamente si la declaración de independencia es conforme al Derecho internacional y nada más (...) ⁷⁹. No, no puedo estar de acuerdo.

Cuestión clave es también saber si cuando un pueblo que forma parte de un Estado proclama sin inequívoca justificación jurídica unilateralmente su independencia, los reconocimientos de terceros suponen o no una interferencia ilegal en la soberanía de aquél. ¿No era vital aclarar si el reconocimiento de la autoproclamada unilateralmente República de Kosovo es un atentado intolerable al principio de integridad territorial y prohibición de la intervención?... Pero la Corte insiste, como la pregunta de la Asamblea solo me pide que diga, letra por letra, que si la declaración de independencia es conforme al Derecho internacional... ⁸⁰.

Al negarse a interpretar de buena fe la pregunta formulada y hacerlo apartándose del objeto y fin que su competencia consultiva tiene, la Corte ha sembrado la semilla que alumbrará la duda en el futuro y por ende generará el alimento de pretensiones irresponsables y perturbadoras en este delicado tema. Y podía haberlo evitado atendiendo al fondo de la pregunta que la Asamblea General le planteó. Ella misma da cuenta de cómo en ocasiones se ha apartado de la redacción literal de la cuestión que se le formula, por ejemplo «cuando constata, al examinar el contexto de la demanda, que este no ponía en evidencia los “puntos jurídicos... verdaderamente... en juego”» ⁸¹. ¿No es, por ventura, este argumento más que aplicable precisamente a nuestro caso...?

31. Item más. No debe el lector caer en la trampa que la Corte nos tiende en su Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, con su «escapista» actitud ante la cuestión que se le plantea. Y hablo de trampa tendida por la propia Corte porque ésta, que es consciente, si se me permite decirlo así, recordando tanto a Rubén Darío como a

⁷⁹ Opinión consultiva cit., párrafos 55 y 56.

⁸⁰ Opinión consultiva cit. (nota 74, párrafos 50-56, 83.

⁸¹ Opinión consultiva cit. (nota 74), párrafo 50.

Milos Kundera, de la «aleve levedad» de su dictamen, hace una afirmación importante, cuya mero uso está reclamando su explicación, su profundización, su análisis y que sin embargo la Corte esconde y embosca entre los párrafos y las palabras. La frase es ésta:

«podría perfectamente ocurrir, en efecto, que un acto —como una declaración de independencia— no constituye una violación del derecho internacional, pero no responde necesariamente al ejercicio de un derecho conferido por este último» (párrafo 56 *in fine*).

Y su mensaje, que no puede entenderse ni por tanto afirmarse que en su Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 sobre Kosovo la CIJ haya mantenido (pese a afirmar que el Derecho internacional no prohíbe expresamente las declaraciones de independencia, pues a la postre [así debe entenderse si queremos que esta posición no se contradiga con la frase que arriba he reproducido] este Ordenamiento jurídico no prohíbe que los pueblos «deseen», «aspiren» a ser independientes⁸² y que lance su deseo por escrito al mundo), que Kosovo tenga derecho, en aplicación del Ordenamiento jurídico internacional, a serlo (...) ⁸³.

32. Hay en todo caso algo más que decir, aún situándose en la misma onda que la argumentación de la Corte sigue: aun dando por bueno (que no lo damos) que Kosovo, tras el fracaso en su opinión de las negociaciones para llegar a un estatuto definitivo y su convencimiento de que nunca en la Eternidad sería posible un éxito de las mismas (¿Kosovo por lo demás puede decidir *per se* esto...?), pudiera poner sobre la mesa de un puñetazo el estatuto definitivo, nos preguntamos: ¿Pero acaso no supone el que un pueblo que forma parte

⁸² Creo que esta opinión que mantengo en el texto es también la de Robert HOWSE y Ruti TEITEL cuando afirman: «Los jueces sostuvieron con razón que no hay ninguna norma internacional que impida a un grupo *declarar su intención o su deseo* de constituir un Estado, pero nada decía sobre las condiciones aplicables a la plasmación final de dicha intención, es decir, al acto mismo de la secesión» («Kosovo: ¿De verdad somos secesionistas ahora?», 28 de julio de 2010, pp. 1-3, p. 1 [la cursiva es añadida], <http://leypenalinternacional.blogspot.com/2010/07/Kosovo-de-verdad-somos-secesioni...>, consultado el 24 de mayo de 2011).

⁸³ En el mismo sentido, MANGAS MARTÍN, A., «Kosovo: abierta la canja de Pandora», *Iustel. Diario del derecho*, 27/07/2010, pp. 1-3, p. 2 («aunque algunos medios de comunicación hayan titulado que la Corte “avala” la independencia de Kosovo esta deducción es radicalmente falsa. Porque el dictamen de la semana pasada avala la “declaración” pero no la independencia en sí. Y expresamente descarta entrar en la cuestión de la estatalidad y si reúne sus criterios»).

de un Estados decida declarar unilateralmente su independencia de este atentar con la integridad territorial del mismo?, ¿y no forman parte los principios de soberanía e integridad territorial del Derecho Internacional imperativo?

La Corte también se hace la pregunta, se ve forzada más bien a hacérsela al comprobar que «varios de los participantes en el procedimiento han sostenido que la prohibición de las declaraciones de independencia estaba implícitamente contenida en el principio de integridad territorial»⁸⁴. Llegamos así al segundo de los supuestos que quería comentar.

3.2. Y, por tanto, rompiendo la integridad territorial de un Estado independiente y soberano

3.2.1. El principio hoy y su naturaleza

33. El de conservación de la unidad e integridad territorial de los Estados soberanos e independientes que existen es un principio fundamental del Derecho internacional contemporáneo. Nace de la esencia misma del Estado. Por eso la *Declaración sobre los principios referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados*, aneja a la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por consenso, precisa que en virtud de su soberanía:

«la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables»⁸⁵

34. Es, pues, el de integridad territorial del Estado un principio estructural del Derecho internacional público y, además, estabilizador de la sociedad internacional; es, pues, un principio fundamental, esencialísimo.

3.2.2. Consecuencias en el caso de Kosovo

35. En relación con la idea, absolutamente razonable, de que la injustificada declaración unilateral de independencia de un pueblo

⁸⁴ Opinión consultiva cit. (nota 74), párrafo 80.

⁸⁵ Principio de igualdad soberana de los Estados, párrafo segundo, letra d).

que forma parte de un Estado independiente y soberano atenta implícitamente contra el principio de integridad territorial, observación que se hace para salvar el hecho de que no se localizan en el Derecho internacional general norma alguna expresa que prohíba este tipo de actos (párrafo 79 de su Opinión), la Corte utiliza un argumento tan rabiosamente literalista y formalista que deja al lector estupefacto. Para el tribunal:

«el alcance del principio de integridad territorial» (del que al menos reconoce que es «un elemento importante del Ordenamiento jurídico internacional») «se limita a la esfera de las relaciones interestatales» (párrafo 80).

La Corte defiende por tanto que este principio no es aplicable al caso de la declaración de Kosovo porque esta no se produce «en la esfera de las relaciones interestatales». Pero ¿qué quiere decir el tribunal con ello?... Tras observar la reproducción que en el texto de su dictamen se hace del tenor literal de los artículos 2.4 de la Carta de Naciones Unidas y de ciertos pasajes de la Declaración de Principios aneja a la resolución 2625 (XXV) de 1970 y del Acta Final de Helsinki (1975), parece que lo que el tribunal viene a sostener es que el principio es únicamente aplicable en aquellos supuestos en los que, en la declaración unilateral de independencia de un pueblo, estén implicados dos o más Estados. Es decir, hablando en román paladino, que la independencia proclamada sea el resultado del deseo del pueblo que formando parte de un Estado quiere serlo de otro (como en el caso de las islas Aaland, estas deseaban dejar de ser suecas para ser finesas...) o asociarse con otro o, al menos, que detrás de la declaración unilateral de independencia del pueblo de un Estado estén Estados terceros o un Estado tercero animando, apoyando, dándole seguridades de que se consolidará... (por cierto y en todo caso, ¿no contaron los misteriosos autores de la declaración unilateral de Kosovo con el apoyo de ciertos Estados y probablemente con las promesas dadas de su rápido reconocimiento por ellos...?).

La integridad territorial de Serbia prohíbe desde luego a mi juicio la independencia unilateral de Kosovo. Y defender, como la Corte hace, que este principio es aplicable solamente en la esfera interestatal (como si en el asunto de Kosovo estuviéramos en la Luna) no resulta un argumento creíble.

36. Se recordará, por lo demás, que un razonamiento muy parecido, aunque en un asunto distinto sobre distinto tema, empleó este

mismo tribunal para, en el caso relativo a las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* (2004) denegar a Israel su derecho a justificar el muro en territorio ocupado sobre la base de la legítima defensa contra ataques terroristas; la Corte dijo entonces que el artículo 51 de la Carta solo era invocable «en las relaciones entre Estados» pero no respecto de actores no estatales⁸⁶. Pasado un año algunos de sus jueces se oponían a esta manera de ver las cosas⁸⁷, y hoy la doctrina internacional más relevante, la que, por ejemplo, representa el Instituto de Derecho Internacional, considera que en principio el artículo 51 de la Carta es aplicable también frente a actores no estatales...⁸⁸

3.2.3. *Kosovo nace también en violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad*

37. La secesión de Kosovo entra en contradicción flagrante con la resolución 1244 (1999), de 10 de junio, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En ella, el Consejo autoriza, desde luego, la administración internacional del territorio y para ello contempla tanto una presencia civil como otra militar internacional en él, pero el objetivo de este régimen transitorio no es otro que conseguir para Kosovo un estatuto de autonomía dentro de un único Estado, el de Serbia. Así, el Consejo «decide que la solución pacífica de la crisis de Kosovo debe basarse en los principios generales que figuran en el anexo 1 y su elaboración ulterior en los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2» (párrafo 1):

— En el anexo 1 se concreta que el objetivo del proceso por iniciar para resolver el tema debe ser la concertación de un acuerdo:

«que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta... los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia».

⁸⁶ Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, pp. 136 ss. (p. 194, párrafos 138-139).

⁸⁷ Opinión individual del juez Kooijmans a la sentencia de 18 de diciembre de 2005, *asunto sobre las actividades armadas en territorio del Congo*, CIJ Recueil 2005, pp. 168 ss. (p. 313, párrafos 27 y 28); y Opinión también individual del juez Simma, *ibidem*, pp. 335-336 (párrafos 8-12).

⁸⁸ 10.^a Resolution, 27 octubre 2007, 10ème Comisión : «Problèmes actuels du recours à droit international. A. Légitime défense», párr. 10 (i) y (ii) (http://www.idi-il.org/idiF/navig_res_chron.html).

— Y en el párrafo 8 del anexo 2 esas palabras se repiten letra por letra.

La decisión unilateral de la provincia serbia de Kosovo de convertirse en un Estado soberano transformando sus límites internos en fronteras internacionalmente reconocidas⁸⁹ choca, por tanto, frontalmente con la letra y el espíritu de la citada resolución. Y son repudiables, desde luego lo son al menos desde una valoración jurídica, los intentos de oscurecer el río y darle la vuelta a las palabras como el que el representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Sir John Sawers, utilizara para defender la compatibilidad de la Declaración unilateral de independencia de Kosovo con la resolución 1244 (1999) del mismo, pues según el delegado británico:

«está claro que la autonomía sustancial de la cual habría de disfrutar Kosovo dentro de la ex-República Federativa de Yugoslavia era de carácter provisional hasta que se llegara a un acuerdo definitivo»⁹⁰.

Puede que esté claro para el distinguido representante de su Graciosa Majestad..., pero su creencia no responde, a mi entender, a la verdad. Los trabajos preparatorios y las circunstancias que rodearon la adopción de la resolución del Consejo (Conferencia de Rambouillet, Declaración del G-8...) no permiten llegar a esa conclusión⁹¹, que nunca se había utilizado anteriormente y que desde luego no fue compartida (ni expresamente apoyada) por ningún otro de los delegados gubernamentales que intervinieron en la sesión del Consejo del 18 de febrero de 2008. Es por ello tan sorprendente como intolerable desde un planteamiento de buena fe que en la propia Declaración de

⁸⁹ «El territorio de Kosovo quedará definido por las fronteras de la Provincia Autónoma Socialista de Kosovo dentro de la República Federativa Socialista de Yugoslavia como esas fronteras estaban trazadas el 31 de diciembre de 1988, salvo las enmiendas previstas en el acuerdo de demarcación de fronteras entre la República Federativa de Yugoslavia y la ex República Yugoslava de Macedonia del 23 de febrero de 2001» (S/2007/168/Add. 1 cit. [nota 6], anexo VIII, artículo 3.1).

⁹⁰ S/PV.5839, p. 14.

⁹¹ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación («La guerra de Kosovo»), *Anuario de Derecho Internacional*, XVI (2000), pp.93-132 (pp. 111 ss); BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La disolución de Yugoslavia* cit. (nota 1), pp. 175 ss., 242 ss.; ID.: «La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación», Documento de Trabajo 7/2008, 12/02/2008, pp. 1-19 (pp. 4 ss.) (<http://www.realinstitutoelcano.org>).

Independencia se cite por dos veces (párrafos 5 y 12) la resolución 1244 (1999).

38. Para la Corte, la resolución 1244 (1999), que establece obligaciones internacionales, tiene como objetivo imponer y regular un periodo transitorio de administración internacional de Kosovo, territorio en el que se suspende temporalmente la soberanía de Serbia, a fin de conseguir que en él se establezca, a la espera del estatuto definitivo, un régimen de autonomía sustancial para Kosovo en el marco de una respetada integridad territorial y soberanía de Yugoslavia (Serbia). La resolución 1244 (1999), insiste el tribunal, no regula ni se ocupa del estatuto definitivo de Kosovo.

A partir de estos datos, la Corte argumenta: La Declaración unilateral de independencia (2008) no vulnera la resolución 1244 (1999), viene a decir, porque esta no se ocupa sino del régimen transitorio y en ningún caso del estatuto definitivo de Kosovo como la Declaración hace (párrafos 114-115 de la Opinión) y, además, porque la misma no ha sido obra de las instituciones provisionales de Kosovo que la resolución 1244 (1999) y el contexto jurídico que generó crearon, sino de «personas que actuaron conjuntamente en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera de la estructura de la administración provisional» (párrafos 105, 109). Lo *segundo* es más que discutible⁹², como las opiniones de al menos cuatro de los jueces demuestran⁹³ y, en todo caso, uno se pregunta (yo lo hago) si aun de ser así este es un argumento que pueda manejarse con el fin de intentar justificar jurídicamente el acto en cuestión⁹⁴. En cuanto a lo *primero*, la argumentación del tribunal merece un re-flexión aparte.

¿No se refiere la resolución 1244 (1999) al estatuto definitivo de Kosovo? En su párrafo 11, en el que se enumeran las competencias

⁹² A la doctrina, por ejemplo, no le ha escapado el dato de que la Corte ponga «como ejemplo de firmantes extraños (lo que constituye un verdadero sarcasmo) al mismísimo entonces primer ministro de Kosovo (...)» (MANGAS MARTÍN, A.: «Kosovo...» cit. [nota 83], p. 2).

⁹³ Tomka (declaración, párrafos 11-12), Sepúlveda-Amor y Yusuf (opiniones individuales, párrafos, respectivamente, 30 y 20) o Bennouna (opinión disidente, párrafos 44 ss.).

⁹⁴ Como el juez Bennouna señala gráficamente: «si on suivait jusqu'au bout un tel raisonnement, il suffirait, en quelque sorte, de se mettre hors la loi pour ne plus avoir à respecter la loi» (opinión disidente, párrafo 46).

de la administración internacional sobre el territorio se incluyen dos letras que son de interés:

- a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);

....

- e) Facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);

La letra a) se refiere, obvio es, al régimen internacional transitorio, que operará procurando para Kosovo una amplia autonomía pero teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet; y en estos se parte de que la antigua Yugoslavia mantiene intacta su integridad territorial y su soberanía. Pero la letra e) deja claro que el *estatuto futuro* de Kosovo debe *tener en cuenta los acuerdos de Rambouillet*, lo que en buena lógica no puede interpretarse de otro modo sino entendiendo que ese estatuto futuro (el que según la Corte la declaración unilateral de independencia determina, desbordando, también lo dice, el marco transitorio establecido) debe respetar la soberanía territorial de Yugoslavia (Serbia hoy).

Pero aun de aceptar, en el marco del argumentación del tribunal, que la resolución 1244 solo se refería al régimen de administración provisional y no al estatuto definitivo⁹⁵, la decisión de la Corte obvia en esta parte concreta de su dictamen la gran cuestión (interrumpiendo injustificadamente el flujo argumentativo en ella empleado): ¿Y puede un pueblo que formalmente sigue siendo parte de un Estado independiente y soberano declarar unilateralmente su secesión del mismo?; para el juez Yusuf, la Corte hubiera debido responder a ello⁹⁶. Es cierto que en el apartado anterior a este en el que se analiza la

⁹⁵ Con la consecuencia de que la preservación de la integridad territorial de Serbia que aquella preveía, como la misma Corte ha reconocido (párrafo 95 de su Opinión), solo opera en el marco de ese régimen de aplicación provisional y no en el estatuto definitivo, lo que lleva a que la Declaración [que sí se incardina marcadamente en este] no viole, aun defendiendo la independencia, la resolución 1244 (1999).

⁹⁶ Opinión consultiva cit. (nota 74), párrafo 6.

resolución 1244, la Corte se plantea la cuestión, para contestar las alegaciones de algunos de los participantes en el procedimiento, de si una declaración de independencia así podría quebrantar implícitamente el principio de integridad territorial pero su respuesta aquí, como ya he apuntado anteriormente (*supra* parágrafos 35-36), es tan decepcionante y mezquina como la que hasta ahora hemos examinado.

4. UN ESTADO ASÍ NO PUEDE SER RECONOCIDO COMO TAL

4.1. El no-reconocimiento colectivo

39. Es probable que la práctica nacida en el marco de Naciones Unidas⁹⁷ haya traspasado sus fronteras iniciales y pueda pensarse hoy en la posible existencia de una norma de Derecho internacional general *que obligue al no reconocimiento* como Estados de entidades que han nacido en violación de normas fundamentales del Derecho internacional, como la que consagra el derecho de los pueblos coloniales a su libre determinación (el Consejo de Seguridad prohibió en 1965 el reconocimiento de Rhodesia del Sur), la que prohíbe la puesta en práctica de un sistema de discriminación racial institucionalizado como el de *apartheid* (como supuso el nacimiento de Transkei, cuyo reconocimiento prohibió el Consejo en 1976), o la que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (imposibilitando el reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre en 1983)⁹⁸. La CDI, en su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) ha considerado que el no reconocimiento de las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional (como las que consagran el derecho de libre determinación de los pueblos, la prohibición del *apartheid* y desde luego de la agresión) ni asistir o ayudar a que se consoliden son una de las consecuencias de

⁹⁷ Sobre la misma, *vid.* CRAWFORD, J., *The creation...* cit. (nota 20), pp. 128 ss., 131 ss., 148 ss.

⁹⁸ Respectivamente, resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965), de 12 de noviembre; 402 (1976), de 22 de diciembre; y 541 (1983), de 18 de noviembre. Sobre la práctica actual del no reconocimiento colectivo de Estados ilegales *vid.* TALMON, S., *La non reconnaissance collective des Etats illégaux*, Pédone, París, 2007.

los hechos ilícitos de esta naturaleza (artículos 40-41) que «ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia»⁹⁹, contribuyendo así, como el que fuera último Relator del tema ha defendido recientemente, a generalizar la práctica de Naciones Unidas del *no reconocimiento colectivo*¹⁰⁰. Y aunque en sus comentarios al artículo 41 del texto aprobado en primera lectura sobre *la responsabilidad de las organizaciones internacionales* (2009), la CDI no explicita¹⁰¹ que las obligaciones de no reconocimiento y de no asistir o ayudar «ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia», sí pone ejemplos de la práctica en los que dichas obligaciones fueron tenidas en cuenta por organizaciones internacionales¹⁰².

Por su parte, la CIJ en su dictamen consultivo sobre el *asunto de Namibia* (1971) estimó existente la obligación para todo Estado, miembro o no de Naciones Unidas, de no reconocer la presencia ilegal de África del Sur en Namibia ni ayudar o asistir a ese país a mantenerla¹⁰³, pudiendo ponerse incluso ejemplos más recientes. Pero acaso podrían ponerse ejemplos más recientes en relación con estas obligaciones:

i) Aunque en el asunto sobre *Timor Oriental*, como ya sabemos, el TIJ no entró en el fondo del caso, el juez Weeramantry sí apuntó, en su opinión disidente, hermosas ideas que pueden sernos útiles: así, la consideración de que Australia, al concertar el tratado que disponía de los recursos de la plataforma de Timor y reconocer *de facto* su anexión por Indonesia tras la marcha de Portugal (lo que fue condenado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad que exigieron la aplicación del principio de libre determinación), incurrió en responsabilidad internacional, puede servir como ejemplo

⁹⁹ Comentario 6 al artículo 41 (en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001) *Asamblea General Documentos Oficiales* 56.º período de sesiones Suplemento n.º 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 21-406 (pp. 10 ss.).

¹⁰⁰ CRAWFORD, J., *The creation...*, cit. (nota 20), pp. 162 ss., 168 ss.

¹⁰¹ Como hiciera en los comentarios 6 y 3 al artículo 41 de su Proyectos sobre la responsabilidad del Estado (*supra* nota 99).

¹⁰² Comentario n.º 7 al artículo 41.1, *Informe de la CDI*, 61.º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009). *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64.º período de sesiones (A/64/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2009, pp. 16 ss (p. 143).

¹⁰³ Dictamen consultivo de 21 de junio de 1971, párrafos 122 ss. (CIJ *Recueil* 1971, pp. 55-56).

de una situación que no debería ser reconocida por ningún Estado y respecto de la que ninguno debe asistir o ayudar a los Estados implicados para que aquella se mantenga, según propone el artículo 41 del Proyecto de la Comisión; y en cuanto a la posible duda de si sería un caso de «violación grave» del derecho de libre determinación, de atender a la definición del artículo 40.2 y en particular a su término «flagrante», la respuesta debería ser positiva ¹⁰⁴.

ii) En el asunto sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado*, la Corte, tras calificar de obligaciones *erga omnes* las violadas por Israel, mantiene que todo Estado:

«tiene la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro [y]... no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción»¹⁰⁵.

40. Debe, por otra parte, destacarse que el reconocimiento pese a poder considerarse como un acto de naturaleza discrecional¹⁰⁶, no puede ser arbitrario¹⁰⁷, de modo que no cabe reconocer a Estados inexistentes por no cumplir los requisitos exigidos por el Derecho in-

¹⁰⁴ Su conclusión fundamental fue la siguiente: «En las circunstancias del caso, la cualidad de parte en el tratado relativo al “Timor Gap” parecería incompatible con el reconocimiento y el respeto del derecho del pueblo de Timor Oriental a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, en tanto en cuanto, el tratado: 1) Reconoce expresamente a Timor Oriental como una provincia de Indonesia, sin que el pueblo del Territorio haya ejercido su derecho; 2) trata con recursos naturales no renovables susceptibles de pertenecer a ese Territorio; 3) no hace mención de los derechos del pueblo de Timor Oriental, sino solo del mutuo beneficio de los pueblos de Australia e Indonesia en el desarrollo de los recursos del Area (Preámbulo, párrafo 6); 4) no contempla previsión alguna de que el pueblo de Timor Oriental decida denunciar el tratado cuando haya ejercido su derecho a disponer de él mismo; 5) especifica un período inicial válido de cuarenta años, una posible renovación por términos sucesivos de veinte años; y 6) crea una posibilidad real de agotamiento de estos recursos antes de que puedan ser disfrutados por el pueblo de Timor Oriental» (opinión disidente del Juez Weeramantry cit., *CIJ Recueil* 1995, pp. 196 ss., sobre todo 197, 206, 209-210 y 212).

¹⁰⁵ Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, *CIJ Recueil* 2004, 199-200 (párrafo 159 y en los párrafos 155-158 su consideración sobre el carácter *erga omnes* de las obligaciones violadas).

¹⁰⁶ Sobre el carácter discrecional del reconocimiento, RICH, R., «Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union», *European Journal of International Law*, 4 (1993), n.º 1, pp. 36-65.

¹⁰⁷ Frase recogida por VIRALLY, M., «Panorama du droit international contemporain», *Recueil des Cours*, 1983-V, pp. 9-382 (p. 54 y en general pp. 52-57).

ternacional. Es útil recordar al respecto el dictamen número 10 de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia europea para la paz en Yugoslavia (Comisión Badinter) de 4 de julio de 1992, que para responder a la cuestión que se le había sometido en torno al reconocimiento de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) señalaba que aun si el reconocimiento, siendo un acto discrecional, puede ser decidido por los Estados en el momento que estimen oportuno y en la forma que libremente decidan, éste tiene al menos un límite, el del:

«debido respeto a las normas imperativas del Derecho internacional general»¹⁰⁸.

41. Escribía yo hace tres años, para referirme al reconocimiento de Kosovo y a las consecuencias que un eventual reconocimiento generalizado del autoproclamado Estado podrían suponer para la «sanación» de su pecado original:

«La Política, que probablemente botará el navío, acabe acaso por encontrar también, y lo afirmamos no sin desasosiego por la inocencia perdida, los vientos que habrán de insuflar sobre sus velas el impulso preciso para surcar los mares... Sí, pero habrá sido la Política que no el Derecho»¹⁰⁹.

Hoy, con los nuevos datos que nos proporciona la «protección» que Kosovo precisa para subsistir así como el descrédito que sus instituciones se están ganando a pulso, como luego veremos, no puedo sino ratificar mi valoración de entonces. Y al hacerlo, reflexionar también con notable desazón y una pizca de inquietud sobre lo que los Estados más poderosos están dispuestos a hacer, y hacen, cuando consideran les conviene (...).

4.2. ¿Y entonces qué?, ¿»sostenella y no enmendalla»? (o por el Estado fallido hacia el caos)

42. La Opinión consultiva de la CIJ en el asunto de Kosovo es, a mi juicio, irresponsable. Irresponsable, por hacer dejación en ella de

¹⁰⁸ Texto del dictamen en *Revue générale de droit international public*, 97 (1993), n.º 3, p. 595. Para más detalles sobre esta cuestión, Verhoeven, J.: «La reconnaissance internationale: déclin ou venouveau?», *Annuaire français de droit international*, XXXIX (1993), pp. 7-40 (particularmente p. 21).

¹⁰⁹ BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «La independencia de Kosovo...» cit. (nota 91), pp 16-17.

sus funciones como tribunal en el ejercicio de su función consultiva, pues aunque con esta la Corte no resuelve conflictos sí esclarece el derecho respecto de situaciones o problemas confusos u opinables; una Opinión consultiva directa y clara al corazón de las cuestiones y de las dudas reales que la solicitud de Serbia planteó hubiese constituido, he defendido ya, «una impagable contribución de la misma al Derecho Internacional contemporáneo»¹¹⁰. Pero no lo ha hecho. La Corte, pues, como acertadamente se ha escrito, «no supo hacer honor a la confianza y esperanza que se depositó en ella»¹¹¹.

Irresponsable también porque aun aceptando comprometerse con su respuesta, la Corte deja sin aclarar el fondo de de la cuestión planteada, las dudas claves en definitiva que motivaron el que la Asamblea General solicitara su opinión jurídica. Y esta actitud, habida cuenta de la delicadeza que el problema de la libre determinación de los pueblos fuera del contexto de la descolonización o de la ocupación racista o extranjera tiene para no pocos Estados existentes, no revela precisamente responsabilidad. La irresponsabilidad de la que hablamos presenta incluso un plus de gravedad, pues la Corte no solo se niega a tratar del tema, a pronunciarse sobre él de acuerdo con el Derecho internacional contemporáneo, sino que lo hace además a sabiendas de que su posición favorece interpretaciones peligrosas políticamente y probablemente erróneas desde el punto de vista jurídico, pero que quien las asuma podrá aducir: como la Corte dijo... Sí, porque el tribunal que no dice nada más sí deja perfectamente claro que el Derecho internacional moderno no cuenta con norma alguna que prohíba las declaraciones de independencia de los pueblos que forman parte de un Estado en el que, sin embargo, no desean vivir (como Kosovo). ¿Es responsable, tras llegar a esta conclusión, lavarse las manos limitándose a precisar que el tribunal no se ocupa del derecho de libre determinación, de los elementos necesarios del concepto de Estado en Derecho internacional o del reconocimiento...? No, no lo es, porque alimenta interpretaciones no deseables, como por ejemplo la de quienes se basan precisamente en la Opinión consultiva de la Corte (2010) y en el reconocimiento que en la misma se hace de la conformidad con el Derecho internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo (2008) para sostener los que sigue:

¹¹⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., «De la Opinión consultiva...» cit. (nota 74), p. 9.

¹¹¹ ARBUET-VIGNALI, H., «Kosovo II...», cit. (nota 22), p. 10.

«La Corte presenta algunas afirmaciones de las cuales parece deducirse que, con carácter general, una declaración de independencia expresada en términos democráticos prevalece por encima de las reglas constitucionales».

Y, con referencia específica a Cataluña y a la Constitución Española (1978) vigente:

«estas coordenadas serían perfectamente aplicables a Cataluña, de modo que, a pesar de la inconstitucionalidad de una eventual declaración de independencia (sea por vía parlamentaria o referendaria) y siempre que exprese una voluntad mayoritaria clara de la ciudadanía de Cataluña o de sus representantes, se contaría con elementos determinantes para considerar legítima la secesión y ajustada a la legalidad internacional»¹¹².

Y que tengo razón al creerlo puede deducirse de dos tipos de reacción que la Opinión ha generado una vez conocida: *Una*, la de los Estados que han reconocido a Kosovo, tras su declaración de independencia y han hecho (y hacen) lo posible porque esta situación se consolide; su alivio, su satisfacción han sido evidentes, tanto como, en algún caso, para haber podido afirmar que el dictamen de la Corte pone fin a cualquier duda posible: Serbia se queda sin Kosovo¹¹³. Y *otra*, la de quienes, nacionalistas (y separatistas) que viven en un Estado democrático, independiente y soberano, se han apresurado a proclamar, ¿qué nos impide ahora hacer nuestra Declaración? Si el Derecho internacional no lo prohíbe, que lo ha dicho la Corte, por qué no lanzarla al viento de potenciales reconocimientos y a ver qué pasa... A las pocas horas de que el Tribunal Internacional de Justicia dictaminara que Kosovo no violó el Derecho internacional al declararse unilateralmente independiente de Serbia, los nacionalistas catalanes abrieron la caja de las comparaciones: para Izquierda Republicana de Cataluña (que integraba entonces el gobierno de la Generalitat), la decisión se aplicaría, también, a una hipotética independencia de Cataluña. Tras este fallo, «*la independencia de Cataluña*

¹¹² LÓPEZ BOFILL, H., «La evolución jurídica hacia un Estado propio», *Revista Catalana de Dret Públic* (Especial sentencia sobre el Estatut), 2010, pp. 485-493 (pp. 491, 490) (<http://www10.gencat.net>).

¹¹³ El ministro francés de Asuntos Exteriores, Bernard Kouchner, por ejemplo, afirmó en un comunicado que «la independencia de Kosovo es irreversible» (*El País* digital, 27/VII/2010).

respetaría plenamente la legalidad internacional», afirmó Joan Puigcercós, presidente de los republicanos¹¹⁴, iniciando así un proceso cuya segunda fase pasa por el informe jurídico encargado por la Coordinadora nacional de las consultas independentistas, liderada por el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Uriel Beltrán, en el que se afirma la legalidad de la convocatoria de un referéndum independentista en Cataluña. Dicho informe se llevará al Parlamento autonómico y de ser aceptado a trámite se abrirá un proceso de recogida de firmas, alrededor de 220.000 son necesarias (un 3 % de los ciudadanos catalanes) y luego será debatida en el pleno. El dirigente de ERC recordó el caso de Kosovo, advirtiendo que de aceptarse la convocatoria de un referéndum de independencia por el Parlamento y rechazada esta por el Estado estaríamos en una fase de conflicto entre España y Cataluña que no tendría más salida que un desenlace como el de la antigua Yugoslavia:

«Serbia [afirmó el Sr. Beltrán] no modificó la Constitución para que Kosovo fuera independiente. Fue Kosovo quien reclamó la independencia y ahora es un Estado más»¹¹⁵.

43. Así las cosas, *¿consumatum est?* ¿Nos tapamos ojos y oídos y con la nariz bien pinzada asistimos impertérritos a la consolidación de un nuevo Estado fallido en el vientre de Europa? De un Estado fallido o quizás de algo peor (...).

El 12 de febrero de 2008, fecha en la que Kosovo proclamó unilateralmente su independencia, Michel Chossudovsky escribió un artículo en el que sostenía que la independencia de Kosovo formaba parte del plan estratégico acordado de Estados Unidos y la OTAN para esta peligrosa región del Mundo¹¹⁶. Pero más allá de esta tesis, se

¹¹⁴ *El Mundo digital*, 22 de julio de 2010.

¹¹⁵ «Comparan Cataluña con Kosovo para un futura declaración de independencia unilateral», pp. 1-8 (p. 1) (<http://www.vozben.com/2010/05/07/18299/Catalunya-Kosovo-independencia-unioateral>).

¹¹⁶ En sus comentarios, se describe con detalles, por ejemplo, la planificación (previa a la «Guerra de Kosovo» de 1999) sobre la construcción de una base militar (Camp Bondsteel), que se llevó a cabo inmediatamente después del fin de la «Guerra de Kosovo» (1999), con la confiscación por el ejército estadounidense de la tierra agrícola precisa para su construcción al sur de Kosovo en Uresevic, cerca de la frontera con Macedonia. Uno de los objetivos claves de Camp Bondsteel, cuya construcción se inició bajo la Administración demócrata del presidente Clinton y terminó con la republicana de Georges Bush, era proteger el proyecto de oleoducto alban-

puede leer en dicho trabajo (recuérdese, febrero 2008) una frase en la que hoy podemos ver un hálito profético:

«la independencia de Kosovo transformaría formalmente a Kosovo en un Estado mafia independiente, controlado por una alianza militar occidental. El territorio de Kosovo seguiría estando bajo la jurisdicción militar de Estados Unidos-la OTAN»¹¹⁷.

¿Acaso la realidad del Kosovo de hoy no responde punto por punto a esta descripción? Irregularidades electorales y en el nombramiento de sus más altas instituciones¹¹⁸; indicios claros de que Kosovo vuelve a ser punto clave en la «Ruta de la Droga» entre Europa y Asia, con acusaciones de que cargos políticos del Gobierno de Kosovo están implicados en el tema¹¹⁹; corrupción importantísima y generalizada¹²⁰;

macedonio-búlgaro (AMBO, siglas en inglés) que habrá de canalizar el petróleo del Mar Caspio desde el puerto de Burgas (Bulgaria) en el Mar Negro hasta el Adriático. El acuerdo AMBO para la construcción del oleoducto de 917 kms. de largo entre Burgas y Valona (Albania) se firmó en el año 2004 («La criminalización del Estado: “Kosovo independiente”, un territorio bajo el control militar de Estados Unidos-la OTAN», pp. 1-14, pp. 2-4, <http://www.voltairenet.org/article155122.html>) (consultado el 31 de marzo de 2011); STUART, P.: «Camp Bondsteel and America's plans to control Caspial oil», WSWS.org, abril 2002 (<http://www.wsws.org>).

¹¹⁷ La criminalización del Estado... cit., p. 4.

¹¹⁸ Vid. ad ex. «Parlamento de Kosovo eligió como Presidente del estado a polémico multimillonario», 22 de febrero de 2011, pp. 1-2 (<http://cooperativa.cl>, consultado el 23 de mayo de 2011); «Dimite el Presidente de Kosovo», p. 1 (<http://www.gara.net/azkenak/03/256968/es/Dimite-presidente-Kosovo>, consultado el 23 de mayo de 2011); «Presidente de Kosovo renuncia tras fallo, se volverá a presentar», p. 1 (<http://lta.reuters.com/articlePrint?articleId=LTASIE72T0NW20110330>, consultado el 26 de mayo de 2011); «Parlamento de Kosovo elige a una mujer, general de policía, como Presidente», p. 1 (<http://noticias.terra.com.ar/parlamento-de-Kosovo-eñie-a-una-mujer-general-de-polici...>, consultado el 26 de mayo de 2011).

¹¹⁹ Vid ad ex. MORALES SOLÍS, M.A.: «Kosovo: después de la independencia, ¿qué?», 27 de enero de 2009, pp. 1-3 (p. 2>) (<http://www.revistapueblos.org/spip.php?article1503>, consultado el 31 de marzo de 2011); NAZANROAYA, M.D., «Kosovo en el Camino de la Droga», pp. 1-9 (pp. 5-6) (<http://www.semanario.com/>, consultado el 23 de mayo de 2011).

¹²⁰ KOLACSQANYI, J., «República de Kosovo, estado independiente, soberano y democrático», pp. 1-8 (pp. 4-5: «La corrupción está presente totalmente en todas las esferas: Policía, Correos, Sector energético, Sanidad, Aduanas... La mafia de Kosovo vende heroína en Kalmar [Suecia], Saint-Denis, Lyon... y hace trata de blancas en Oslo, París, Londres...») (<http://politicaexterior.wordpress.com/category/politica-internacional/europa/Kosovo-e...>, consultado el 23 de mayo de 2011).

economía mísera que es incapaz de sostener a un Estado que vive de un sector de la comunidad internacional¹²¹.

Pero ha sido sobre todo el demoleedor Informe Marty el que, supongo, habrá abierto definitivamente los ojos al Mundo. La lectura de ese Informe, de 176 párrafos, aprobado por unanimidad por una de las comisiones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en París, el 16 de diciembre de 2010¹²² deja bien a las claras la realidad de la República de Kosovo. Permíteme, amigo lector, que reproduzca ricamente algunos párrafos de sus Conclusiones y que lo haga en el idioma original del Informe mismo:

«175. Ce rapport —rappelons-le une fois encore— a été provoqué par les révélations publiées dans le livre de l'ancien Procureur du TPIY. Choquée par ces divulgations, l'APCE nous a confié la mission de procéder à un examen plus approfondi concernant ces allégations et les violations des droits de l'homme qui auraient été commises au cours de la période en question au Kosovo. Les faits dénoncés dans le livre de l'ancien Magistrat se réfèrent essentiellement à un trafic d'organes humains. Nos recherches, difficiles et délicates, nous ont permis non seulement de confirmer ces révélations, mais aussi de les préciser et de tracer un tableau sombre et inquiétant de ce qui s'est passé et, en partie, continue à se passer au Kosovo. Notre tâche n'était pas de mener une enquête pénale —nous n'en avons ni le pouvoir, ni, surtout, les moyens— et encore moins de prononcer des jugements de condamnation ou d'absolution.

176. Les faits que nous avons recueillis sont cependant d'une gravité exceptionnelle et se sont passés au coeur de l'Europe. Le Conseil de l'Europe et ses Etats membres ne peuvent rester indifférents face à une telle situation. Nous avons mis en évidence l'existence d'un important phénomène de criminalité organisée au Kosovo. Ce n'est pas une nouveauté et ce n'est pas une exclusivité du Kosovo, il est vrai. Dans la région, le crime organisé est très redoutable également en Serbie, au Monténégro, en Albanie, pour ne faire que des exemples. Il existe d'ailleurs des relations et des complicités étonnantes et inquiétantes

¹²¹ U.S. Department of State (Diplomacy in action): «Background Note: Kosovo», april 11, 2011, pp. 1-9 («Economy»: pp. 2, 6-7) (<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/10093/htm>, consultado el 8 de junio de 2011).

¹²² Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. *Traitement inhumain de personnes et trafic illicite d'organes humains au Kosovo*. Rapport. Rapporteur: Dick Marty, Suisse, Alliance des démocrates et de libéraux pour l'Europe, AS/Jur [2010] 46, 12 décembre 2010, fjdoch-2010, pp. 1-4 (projet de résolution), pp. 5-28 (Rapport).

entre ces différentes bandes. Leur collaboration semble d'ailleurs être bien plus efficace qu'entre les autorités judiciaires nationales et internationales. Nous avons souligné et documenté les connexions troubles, parfois manifestes, entre crime organisé et politique, y compris des représentants des institutions; cela aussi n'est pas une nouveauté, du moins pour ceux qui n'ont pas voulu à tout prix fermer les yeux et se boucher les oreilles. Le silence et l'absence de réactions face à un tel scandale sont, en fait, tout aussi graves et inacceptables. Nous n'avons pas colporté de simples rumeurs, mais décrit des faits qui se fondent sur de multiples témoignages, des documents et des faits objectifs. Ce que nous avons découvert n'est certes pas totalement inédit: des rapports d'importants services de renseignements et de police ont déjà dénoncé et illustrés en détail ces mêmes faits depuis longtemps. Sans suite, car les chancelleries privilégiaient à chaque fois le profil bas, le silence, pour de prétendues considérations d'«opportunité politique». Mais quels intérêts pourraient bien justifier une telle attitude qui fait fi de toutes les valeurs que l'on ne manque jamais de publiquement invoquer ? Au Kosovo tout le monde est au courant de ce qui s'est passé et de ce qui se passe encore, mais les gens n'en parlent pas, sinon en privé; ils attendent depuis longtemps que la vérité, toute la vérité —pas celle officielle— soit finalement établie. Notre seule ambition, aujourd'hui, est d'être le porte-parole de ces hommes et femmes du Kosovo, mais aussi de Serbie et d'Albanie, sans distinction d'ethnie ou de religion qui n'ont qu'une aspiration: que la vérité soit établie, que l'on mette fin à une impunité scandaleuse et, finalement, qu'ils puissent vivre en paix. C'est une condition indispensable pour une véritable réconciliation et une stabilité durable de cette région. Au cours de notre mission, nous avons rencontré des personnes —des locaux et des «internationaux»— de très grande valeur qui se battent contre l'indifférence et pour une société plus juste. Ils ne méritent pas seulement notre sympathie, mais, aussi et surtout, notre plein soutien».

El martes 25 de enero de 2011 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó en Estrasburgo el informe del suizo Dick Marty que denuncia el tráfico de órganos a detenidos por el Ejército de Liberación de Kosovo en Albania en la década de los 90 (1998 y 1999). Los eurodiputados adoptaron una resolución en consonancia con el informe por 169 votos a favor, 8 en contra y 14 abstenciones. En la misma, la Asamblea del Consejo de Europa solicita a las autoridades de Albania y de Kosovo «realizar una investigación independiente y exhaustiva» sobre la existencia de centros secretos de detención donde se presume que hubo tratos inhumanos a los prisioneros provenientes de Kosovo, de origen serbio y albanos», durante y después del conflicto en Kosovo, investigación que «debe ampliarse también a la verificación de las alegaciones sobre un tráfico de órganos que

habría tenido lugar durante el mismo período y, en parte, en territorio albanó, señala el texto (párrafo 19.5.3).

La Asamblea también pide a las autoridades de Albania y a la administración kosovar «cooperar plenamente» con la Misión de Policía y Justicia de la Unión Europea (EULEX) «para esclarecer los crímenes cometidos en Kosovo» (párrafo 19.5.1).

El hecho de que las personas señaladas ocupen actualmente puestos en el poder en Kosovo no debe impedir al Consejo de Europa hacer su trabajo, declaró la francesa Claude Greff, al pedir cautela, sin que ello signifique inacción. Las personas en el poder deben saber que el Consejo de Europa mantiene los ojos abiertos, advirtió.

Algunas víctimas de la sustracción de órganos serían prisioneros serbios detenidos después del verano de 1999 en campos secretos del Ejército de Liberación de Kosovo (UCK) en Albania. En su documento de 27 páginas, Dick Marty pone en tela de juicio al “Grupo de Drenica”, que reagrupaba a los líderes del UCK. Según el senador del Tesino, su líder era el actual Primer Ministro de Kosovo, Hashim Thaci.

Ante los parlamentarios, Dick Marty recordó también que nunca dijo que Hashim Thaci estuviera directamente involucrado en el tráfico de órganos, pero subrayó que es «difícil creer que nunca oyó hablar al respecto».

En otro hecho que se agrega al caso, el periódico británico *The Guardian* publicó el mismo martes 25 de enero de 2011 extractos de un informe de la fuerza de la OTAN en Kosovo (KFOR), según el cual Hashim Thaci, sería una de las tres figuras más importantes del crimen organizado en Kosovo junto con un funcionario de alto nivel que mantiene lazos con la mafia albana. Este último, Xhavit Haliti, anteriormente a cargo de la logística del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), «lleva las riendas por detrás de Thaci», dijo el informe. Se introdujo en la delincuencia organizada «a gran escala», incluida la prostitución, el tráfico de armas y de drogas, tras el agotamiento de un fondo para financiar la guerra en Kosovo en la década de 1990, añade el informe.

Según un portavoz de la KFOR, la Fuerza de la OTAN en Kosovo ha iniciado una «investigación interna sobre el origen del documento» citado por el periódico. Un «documento confidencial» que data

de 2004 y antes. «Debido a la investigación en curso, no podemos comentar», el artículo publicado por *The Guardian*, dijo el portavoz¹²³.

4.3. El improbable «deber-ser»

44. El jueves 9 de septiembre de 2010, como ya sabemos (*supra* parágrafo 6), la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por aclamación el proyecto de resolución en el que se acusaba recibo del dictamen de la Corte y se precisaba que el dialogo entre Serbia y Kosovo «seria un factor de paz, seguridad y estabilidad regional». La misma Serbia presentó con la Unión Europea (con todos sus miembros) dicho proyecto.

45. En todo caso, el movimiento serbio no cambia nada hasta el momento¹²⁴. Acusar recibo del dictamen y aceptar que el dialogo entre el Estado afectado y la entidad secesionista no es cambiar su posición, como algunos medios parecían sugerir. En la información que el Centro de Naciones Unidas daba del asunto, se dice:

«Al presentar la resolución, el ministro serbio de Relaciones Exteriores, Vuk Jeremic, describió el texto como “un documento de situación de neutralidad» y subrayo que su país no reconoce la declaración de independencia de Kosovo».

Una visión de conjunto de las explicaciones de voto de los diversos Estados, tal y como tuvieron lugar en la 120.^a sesión plenaria de la Asamblea General, deja claro como el agua que algunos siguen entendiendo ilegal tanto la declaración de independencia como la misma secesión de Kosovo¹²⁵.

Lo que en definitiva la resolución adoptada deja traslucir es que Serbia está dispuesta a negociar de nuevo y acaso con mas flexibilidad el estatuto definitivo de Kosovo, posiblemente incluyendo ahora una panoplia de opciones más amplia, que no cabe excluir desemboque

¹²³ «El Consejo de Europa adopta el Informe Marty», 25 de enero de 2011, pp. 1-3 (http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/El_Consejo_de_Europa_adopt_a_e... (13/06/2011)).

¹²⁴ En el mismo sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, V., «El futuro de Kosovo». Documento de Opinión 30/2011, abril, 2011, pp. 1-16 (p. 11) (<http://www.ieee.es/>).

¹²⁵ Azerbaijan, Venezuela, Rusia, China o la India, AG/10980, de 9 de septiembre de 2010, <http://www.un.org/News/fr-presa/doce/2010/AG10980.doc.htm>.

en un acuerdo sobre la independencia del Territorio o, quizás (si se convence a los líderes kosovares), sobre la independencia de parte del mismo, quedándose en Serbia las zonas de mayoría serbia en dicha provincia. En todo caso el proceso de dialogo que va a abrirse parte de una situación en la que el gobierno de Belgrado no reconoce la declaración unilateral de independencia de Kosovo.

46. La «sanación» de esta ilegalidad, que algunos Estados poderosos intentan afianzar a fuerza de dinero y reconocimientos, solo podría venir de la mano de una negociación entre Serbia y Kosovo que desembocara en una solución pactada sobre el estatuto definitivo de este último país.

Si este proceso pudiese iniciarse y, por magia no explicada, concluyese con la aceptación por Serbia de la independencia de Kosovo (o de parte de él), formalmente nada habría que decir o muy poquito al menos. El Derecho internacional no pretende imponer lección alguna a los Estados sobre su deseo, si tal fuera el caso, de permitir la libre determinación pura de los pueblos que lo forman. Y decimos que acaso «un poquito» sí podría rezongarse habida cuenta que Serbia se ha visto de algún modo «empujada» a deslizarse sobre su posición inicial por algunos Estados y aun, acaso, por la Opinión consultiva de la Corte. Pero, insisto, una secesión pactada (aunque sea sin ganas de verdad) deja al Derecho internacional respetado.

Todo lo demás es consentir el triunfo de la Política sobre el Derecho; y lo que es peor, hacerlo sin protestar siquiera.

Murcia, 23 de junio de 2011

CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL. IMPERIALISMO AMERICANO Y SUBJETIVIDAD JURÍDICA *

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universitat de Valencia

SUMARIO:—1. Contra el imperio de la ley internacional.—2. La irrelevancia de un derecho que no obliga.—3. A vueltas con el concepto de derecho internacional.—4. El valor relativo de la democracia y del Estado de derecho. —5. En contra de la subjetividad jurídica individual. ¿Jurisdicción en la anarquía? —6. Una brevísima conclusión.

Uno de los debates teóricos más recurrentes en el ámbito de la Teoría del Derecho internacional y de la Filosofía Política es sin duda el que gira en torno a la determinación de la subjetividad jurídica. Intentar responder a la pregunta acerca de quienes son los actores del derecho internacional o, con mayor precisión, concretar quiénes son los responsables de las violaciones de normas jurídicas internacionales o a quiénes se pueden exigir responsabilidades por tales violaciones es una tarea compleja y de resultado siempre controvertido. Parece extraño pensar que la observación de la realidad del derecho internacional no devuelve a los estudiosos una imagen clara de quienes son esos sujetos. Las razones de la discrepancia en la determinación de algo tan básico en la estructura de un ordenamiento jurídico como son sus protagonistas son variadas.

En primer lugar cabe señalar que no nos enfrentamos a una realidad, la del derecho internacional, inmóvil sino cambiante y, en ese sentido, difícil de aprehender. A lo largo de siglo XX el derecho internacional se ha desarrollado de una manera inusitada. Se han multipli-

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»(CSD2008-0007) y en el proyecto Prometeo (GVPROMETEO 2010-099).

cado los tratados entre países, se han conformado instituciones internacionales como la Naciones Unidas y ha crecido el número de tribunales internacionales y la actividad de los mismos. Paralelo a este crecimiento el ámbito de las relaciones internacionales se ha convertido en un terreno donde organizaciones e individuos luchan por obtener reconocimiento jurídico, por llegar a ser sujetos de derecho, por convertirse en actores con capacidad de influir en aquellas decisiones que afectan a sus intereses. Frente al tradicional monopolio del Estado como principal o único actor de las relaciones internacionales a partir de mediados del siglo pasado asistimos también a una multiplicación de los actores de esas relaciones movidos por la búsqueda de un espacio de actuación consolidado. Se cuestiona, así, la prioridad del Estado para actuar a nivel mundial y se exige que el escenario internacional quede abierto a la participación de instituciones internacionales (como la FAO o el ACNUR) y regionales (como la Unión Europea o la Organización de Estados Africanos) y a los movimientos sociales y ONGs, todos ellos presentes ya en las grandes reuniones de las Naciones Unidas. Se sostiene también que la sociedad civil formada por asociaciones, empresas, sindicatos, estudiantes, jóvenes, mujeres... debe participar en la toma de decisiones que nos afectan a todos y convertirse en un contrapoder que vele porque las estructuras mundiales sirvan realmente al interés común. El reconocimiento de los individuos como titulares frente a los Estados de los derechos humanos convierte finalmente también a estos en posibles sujetos del derecho internacional.

En segundo lugar es difícil concretar la subjetividad jurídica internacional porque esa realidad cambiante o esas nuevas tendencias hacia el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho en el ámbito internacional no son interpretadas o valoradas por la juristas y actores de la vida pública de manera pacífica. Mientras que para algunos asistimos a un evolución necesaria del derecho internacional para otros asistimos a su decadencia, al desarrollo de un proyecto ingenuo que busca expandir el principio de legalidad más allá de las fronteras estatales. Un proyecto inviable, cuando no peligroso y en cierta medida capaz de multiplicar conflictos antes que de resolverlos. Por eso con independencia del derecho positivo es fácil encontrar descripciones del derecho internacional sorprendentemente contradictorias. Para algunos juristas el crecimiento exponencial del derecho internacional constituye un proceso esperanzador dirigido a la construcción de una sociedad mundial gobernada por el derecho, para otros, como veremos, un camino hacia la destrucción de un equilibrio secular entre los países que si bien

no evitaba las guerras transcribía fielmente una realidad: la heterogeneidad de los pueblos y su voluntad soberana de supervivencia.

La tradicional discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, entre este último y Herman Heller en la Europa los años cuarenta del siglo XX o las diferencias entre John Rawls y Jürgen Habermas en la década de los noventa en torno a qué es o qué debe ser el derecho internacional se repropone de nuevo en nuestros días.

Tras la años de gobierno Bush y su acometida contra el derecho internacional volvemos de nuevo a una discusión que conocemos, pero esta vez con nuevos elementos y con una historia reciente que puede resultar iluminadora para entender el transfondo de algunos posicionamientos jurídicos. Tras la guerras de Yugoslavia, de Irak o de Afganistán y en el contexto de la crisis económica bien cabe preguntarse, de nuevo, si hay espacio en el derecho internacional para otros sujetos que no sean los Estados, si hay lugar para los hombres o para proyectos como el de la propia Unión Europea, en definitiva, si hay espacio para el desarrollo de un auténtico ordenamiento jurídico. Cabe preguntarse si el derecho internacional puede ser algo más que el reflejo de la lucha entre intereses estatales. Estas cuestiones constituyen el punto de partida del libro de Eric A. Posner *The Perils of Global Legalism*¹ publicado en 2009 donde el jurista norteamericano toma posiciones y desarrolla una potente crítica contra cualquier proyecto político dirigido a expandir el imperio de la ley más allá de la fronteras nacionales y contra la irrupción de la subjetividad jurídica individual fuera de la fronteras de los Estados. La tesis de Posner recogen, en su versión más extrema, una larga tradición de negación del valor jurídico del derecho internacional que tiene, en parte o en su totalidad, no pocos adeptos hoy en día. Una propuesta sin lugar a dudas con implicaciones profundas que alcanzan al concepto de derecho, a los límites entre la política y el derecho o al lugar de individuo en el espacio internacional.

1. CONTRA EL IMPERIO DE LA LEY INTERNACIONAL

Vista desde el contexto actual la década de los noventa del pasado siglo fue el último momento de optimismo y esperanza en el

¹ POSNER, E.A. *The Perils of Global Legalism*, The University Of Chicago Press, 2009. También POSNER, E. A. y GOLDSMITH, J. L., *The limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005.

escenario internacional. La política exterior de los Estados Unidos se debatía entre el tradicional unilateralismo y el apoyo a las instituciones internacionales. Baste recordar que el mandato Clinton concluyó con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pese a las muchas resistencias, el gobierno de los EE.UU. expresaba una valoración positiva hacia un organismo que estaba llamado a convertirse en un tribunal de la humanidad. El optimismo en la política se dejó sentir también en la academia. En la universidades de todo el mundo los estudios internacionalistas se enriquecían con el análisis de las nuevas normativas internacionales y regionales y el impulso de teorías que reproponían antiguos ideales de gobierno mundial².

Es justamente este período de optimismo teórico y sus consecuencias político-jurídicas el objetivo crítico de Eric Posner. Para el jurista americano ha llegado el momento de reivindicar, lo que bien podríamos denominar, un «nuevo realismo», denunciar, y limitar cualquier intento de expansión del principio de legalidad más allá de las fronteras del Estado. Eric Posner identifica una corriente de pensamiento afianzada en Europa y con importantes bastiones en la universidades americanas que afirma todavía un momento esperanzador para la política y el derecho³. Esta «escuela» que algunos de-

² Entre la amplísima bibliografía desarrollada en esta década al respecto cabe destacar: ARCHIBUGI D. y VOLTAGGIO F., eds., *Filosofì per la pace*, Roma, Editori Riuniti, 1991; CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Humanité et souverainetés*, Paris, Éditions la découverte, 1995; FERRAJOLI, L., *La sovranità nel mondo moderno*, Milano, Anabasi, 1995.; GARZÓN VALDÉS, “La paz republicana” en ID. *Derecho, ética y política*, Madrid, C.E.C., 1993; HABERMAS, J., *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. fran. de Rainer Rochlitz, Paris, Les éditions du cerf, 1996 (trad. cast. en, Isegoría, 16, 1997); HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. cast. de S. Mazzuca, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997; HÖFFE, O., “Una repubblica mondiale come ideale politico”, *Iride*, n.19, 1996; HOFFMANN, S., “Mondes idéaux” trad. fran. de Jérôme Giudicelli, comentario al texto de John Rawls *Le droit de gens*, trad. fran. de Bertrand Guillaume, Paris, Éditions Esprit, 1996.; LEJBOWICZ, A., *Philosophie du droit International*, Paris, Press Universitaires de France, 1999; MUGUERZA, J., “Los peldaños del cosmopolitismo”, *Sistema*, 134/1996.; PEREZ LUÑO, A., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 1992.; RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999; REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Biblioteca nueva, 1999.

³ Donde la expansión del derecho internacional puede interpretarse, justamente, en términos de desarrollo del principio de legalidad en las relaciones internacionales.

nominan globalismo jurídico, o legalismo global, es el principal objetivo de sus críticas y reflexiones, sin duda el enemigo a batir a lo largo de toda su obra.

Pero ¿qué debemos entender por globalismo jurídico? ¿cuáles son los trazos distintivos de esta escuela tan peligrosa a los ojos de Posner? ¿por qué ya no es admisible el optimismo o el desarrollo del principio de legalidad en el ámbito internacional? Claramente en el incierto y violento inicio de siglo XXI parecería ingenuo mantener un proyecto de construcción del Estado mundial a corto plazo, podríamos convenir fácilmente en que es un ideal no alcanzable en un futuro previsible. El globalismo jurídico sería, en consecuencia, esa teoría que afirma la posibilidad de desarrollar el derecho internacional sin necesidad de un gobierno mundial como forma de mejorar e incluso resolver aquellos problemas que requieren la acción colectiva. Obviamente dentro de esta teoría estaría un proyecto pensado y articulado como el de Hans Kelsen o las tesis de Jürgen Habermas al respecto pero también cualquier teoría menor o cualquier posición de un actor político que sostuviera (cosas tan «ingenuas», para Posner por irrealizables, y a la vez tan «perniciosas» como) que las disputas políticas internacionales se pueden resolver de acuerdo con la ley y las instituciones jurídicas (por ejemplo: no se puede ir a la guerra sin el acuerdo de ONU); los Estados deben firmar más tratados y el *ius cogens* debe desarrollarse; los tribunales internacionales deben tener una amplia jurisdicción; los jueces deben ser independientes de los gobiernos de los Estados y se debe promover un legislativo y un ejecutivo mundial. Es decir, aunque no sea verosímil el gobierno mundial a corto plazo la defensa de la idea de que todas las instituciones estatales deben ser limitadas por sus obligaciones legales internacionales⁴.

⁴ Se trataría de tesis, que otros juristas como Danilo Zolo han denominado iusirenistas, como las H. Kelsen, J. Habermas y N. Bobbio y que, *mutatis mutandis*, permiten encuadrar a esos tres pensadores contemporáneos en una misma teoría del derecho y de la política internacional. Las teorías de Kelsen, Habermas y Bobbio referentes al orden internacional encontrarían su origen en la obra de Kant *La paz perpetua* y sobre ella construirían una ideología de la pacificación que se extiende con fuerza y, según Zolo, con carácter vencedor en nuestros días tanto en el ámbito anglosajón (recuérdese Falk y Held y sus teorías sobre un constitucionalismo global o al mismísimo Rawls y su propuesta de *ius gentium*) como en el ámbito de la cultura continental. Una premisa filosófica uniría en su diversidad a todos los iusirenistas del siglo XX, la idea kantiana de la unidad moral del género humano como

Muchas de estas ideas constituyen ciertamente un programa de ideales regulativos que trazan lo que sería deseable para un mundo que, como tantas veces se ha dicho, a través de la globalización parece haber encogido. Se pretende extender las conquistas del Estado de derecho al ámbito internacional y racionalizar una realidad desordenada y violenta. Se quiere dar una lectura a los cambios en la política y el derecho internacional que permita abrir un camino hacia la pacificación de las relaciones internacionales.

Pero para Posner el legalismo global no es sólo una doctrina o una teoría sino más bien una actitud, un conjunto de asunciones sobre como funciona el mundo combinadas con una excesiva fe en la eficacia del derecho. Estaríamos según el jurista norteamericano ante una creencia ciega en el poder del derecho y de las instituciones legales para resolver conflictos políticos derivada del prestigio del legalismo en el ámbito estatal. En definitiva, una ideología floreciente basada en la idea de que las leyes prevalecen sobre el poder y de que los jueces deben tener un amplio poder interpretativo. Eric Posner relativiza, cuando no trivializa, lo que no es otra cosa que el Estado de derecho, es decir, una estructura jurídico-política en la que el poder está sometido a la legalidad.

La presentación del Estado de derecho como una ideología sorprende ¿Cómo es posible negar o renunciar a las conquistas del Estado de derecho? ¿cómo imaginar unas relaciones entre los Estados pacíficas sin añorar el imperio de la ley? ¿cómo no imaginar los beneficios de la extensión de los derechos más allá de las fronteras de nuestro Estado? La vinculación entre legalismo interno y externo es clara. Dificilmente podemos valorar el Estado de derecho como algo beneficioso en el ámbito estatal y a la vez considéralo pernicioso en el ámbito internacional. Por eso, como veremos, el planteamiento del Posner no es sólo una crítica a una precipitada *domestic analogy* sino también al Estado de derecho o a ese legalismo estatalista⁵ que

presupuesto de cualquier propuesta de construcción de un derecho cosmopolita. A partir de dicha premisa kantiana las propuestas de los filósofos y pensadores contemporáneos se multiplican siempre girando en torno a la necesidad de la reforma y creación de instituciones mundiales.

⁵ Vid. POSNER, E.A, *The Perils...*, pp.19-21. La estrategia de Posner tiene varios frentes por un lado y, como hemos visto, niega que en ámbito internacional se haya producido algún cambio sustancial que permita caminar hacia una legalidad internacional. A la vez, insiste, en afirmar que ámbito estatal y ámbito internacional son

impregna, dirá, la facultades de derecho europeas y tantas americanas. La argumentación de Posner en contra del globalismo jurídico parte de describir el derecho internacional como el más fútil e inútil de los ordenes jurídicos, a partir de ahí, y en segundo lugar, reformula el concepto de derecho internacional negando cualquier similitud entre éste y el derecho estatal; critica, en tercer lugar, el ideal de expansión de la democracia o del Estado de derecho más allá del mundo occidental, y termina por atacar al Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos en cualquiera de los ámbitos en los que nos encontremos.

2. LA IRRELEVANCIA DE UN DERECHO QUE NO OBLIGA

Frente a quienes denuncian la crisis de la soberanía o pretenden su limitación⁶ Posner enfatiza la debilidad del derecho internacional (i) su total irrelevancia y (ii) su poca capacidad para constreñir conductas. Quiere mostrar con ejemplos escogidos de la realidad del derecho internacional el poco fundamento que tienen las reivindicaciones de los defensores del globalismo jurídico. Veámoslo:

(i) En primer lugar el derecho internacional es irrelevante. Ningún actor no estatal (y por no estatal habría que entender no perteneciente al gobierno) pueden llevar al Estado a cumplir o violar el derecho internacional. No lo pueden hacer los tribunales «*is difficult to find a single example of a U.S. court forcing the government to comply with international law against its will.*»⁷ Decir que un tri-

radicalmente diferentes. Dentro del Estado el derecho tiene el soporte del gobierno y hay que recordar que la ley, nos dice Posner, no puede controlar los comportamientos sin el soporte de las instituciones.

⁶ Para Kelsen, por ejemplo y como es sabido, la idea de soberanía constituye una gran lacra para el progreso jurídico. En tanto que en directa contradicción con el derecho internacional la soberanía de los Estados debe ser radicalmente erradicada. Kelsen dirá «*del mismo modo en que la teoría subjetivista del contrato social ha sido vencida, al mismo tiempo que la idea de la soberanía del individuo, y que la validez objetiva del orden estatal está fuera de duda, de ese mismo modo eliminado el dogma de la soberanía del Estado, se establecerá que existe un orden jurídico universal independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una civitas maxima*» (H. KELSEN, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1926, IV, tome 14 de la Collection, trad. mía, p. 326).

⁷ POSNER, E.A., *The Perils...*, p. 47.

bunal obliga a cumplir con el derecho internacional sería, para Posner, tanto como afirmar que se impide al Estado salirse de un tratado⁸.

Tampoco los funcionarios o miembros del gobierno están obligados realmente por las normas del derecho internacional. Primero porque las sanciones externas existen pero son improbables. «*Soldiers who commit war crimes face the risk that they will be tried and punished... only if they are captured in the first place. Most wars do not end the way World War II ended...*»⁹. Y en segundo lugar porque para Posner ni los Estados ni tampoco sus dirigentes o funcionarios tienen deber moral alguno de aplicar el derecho internacional «*...that international law has none of the normal sources of moral legitimacy. People may owe allegiance to a domestic government has democratic legitimacy. As there is no international government...*».¹⁰

Por lo que respecta a los intereses de los grupos estos pueden presionar al gobierno tanto para aprobar o aplicar un tratado como para violarlo. Las ONGs sólo desarrollan un papel en algunas áreas y sólo en el contexto de los derechos humanos e incluso en este campo es discutible el poder que tienen. Posner piensa que en realidad las ONGs no pretenden la aplicación del derecho internacional sobre derechos humanos sino sólo esos aspectos que convergen con sus propias agendas e ignoran el resto¹¹.

Finalmente respecto a los ciudadanos Posner se pregunta ¿qué les importa a los ciudadanos que su gobierno viole el derecho inter-

⁸ Posner examina el caso Hamdan, la sentencia de 29 de junio de 2006 donde el Tribunal Supremo de Estados Unidos (respecto a las comisiones militares creadas por George Bush para juzgar a presuntos miembros de Al Qaeda) sostiene que también estas comisiones deben respetar el derecho de guerra concretamente el artículo 3 de la Convención de Ginebra. También frente a esta sentencia Posner mantiene su escepticismo respecto a la valor del derecho internacional. *Even this case is not clear. The court claimed only to be interpreting a statute that incorporated international law, thus again enforcing the will of an earlier Congress, at least in theory, and leaving Congress the option of repudiating the decision by enacting a new statute, which it did. It is certainly possible, however, that the court's decision erected an insurmountable political constraint for Congress, which could not overly repudiate the Geneva Conventions themselves*» (POSNER, E.A., *The Perils...*, p. 48).

⁹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁰ *Ibid.*, p. 51. Por otra parte, dirá, afirmar que las obligaciones morales refuerzan las obligaciones jurídicas es una pura especulación sin traducción empírica.

¹¹ *Ibid.*, p. 56.

nacional? A pesar de la popularidad de ese derecho, el jurista americano, no encuentra evidencias de que su violación sea castigada por los ciudadanos. «*Even the unpopular Iraq war does not provide an example. Its unpopularity derived from the policy failure, not the illegality*»¹².

(ii) En segundo lugar el derecho internacional no tiene capacidad de constreñir. Posner contesta la idea de que el derecho internacional tenga efectos legales directos en Estados Unidos con ejemplos: la ley que protege a los soldados americanos frente a las posibles detenciones por parte de la Corte Penal Internacional (*Hague Invasión Act*); la ley que prohíbe a la Corte Suprema apoyarse en el derecho internacional a la hora de interpretar el derecho estadounidense (*bill to prevent reliance on foreign law*); o la violación por el gobierno norteamericano de la *Vienna Convention on Consular Relations* de la que es parte y que pide a los Estados determinadas consideraciones cuando detienen a un extranjero sospechoso de un crimen. En violación de esta convención cabe recordar la ejecución en el año 2008 en el Estado de Tejas de un ciudadano mexicano.

Mientras que para los defensores del globalismo jurídico todos estos ejemplos exigen un mayor compromiso por parte de los gobiernos (especialmente del gobierno norteamericano) con el derecho internacional y dan fundamento a una reivindicación de que la responsabilidades derivadas de la normas internacionales no se detengan a las puertas de los Estado nacionales. Para Posner, en cambio, son ejemplos que nos ilustran sobre la verdadera naturaleza del derecho internacional sobre su ser y también sobre su deber ser.

Por otra parte la complejidad y la ambigüedad de las normas internacionales desaconsejan según el pensador americano la aplicación directa del derecho internacional por parte los tribunales¹³. Posner desconfía del derecho internacional, del poder judicial y como veremos también de la misma estructura jurídico-política

¹² *Ibid.*, p. 58. Sobre la práctica del secuestro, fuera de los límites territoriales de EE.UU. Posner no tiene nada que reprochar a su gobierno cuando éste tenga enfrente a gobiernos fuertes no incurrirá en esta práctica «*but in its dealings with weaker governments and law enforcement systems, the United States has maintained its policy of crossborder kidnappings as well as assassinations in some instances, despite their questionable international legality*» (*Ibid.*, p. 62.).

¹³ *Ibid.*, pp.104 y ss.

del Estado de derecho constitucional. La aplicación directa de las normas internacionales dentro del Estado significaría, algo inadmisibile para el jurista americano, que el derecho internacional operaría como derecho interno y que los jueces tendrían capacidad para limitar la acción del gobierno en nombre de las leyes internacionales.

Podría decirse, por otra parte que la conversión del derecho internacional en derecho interno sería una concesión a un derecho que en principio no tiene la legitimidad que dan las instituciones democráticas. Pero ciertamente esta preocupación por la perdida de la democracia no pertenece a los temores de Eric Posner. Que los norteamericanos transfieran parte de su lealtad de su gobierno a instituciones internacionales —dirá— no sería malo en si mismo si los intereses de los americanos tuvieran el suficiente peso en esas instituciones. Obviamente en este caso sería del todo irrelevante si los otros Estados miembros de esas instituciones fueran democracias o Estados autoritarios¹⁴. En definitiva el criterio para decidir la vinculatoriedad de las normas internacionales no es otro que el del interés nacional.

3. A VUELTAS CON EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Partiendo de la irrelevancia de las normas internacionales y de su falta de obligatoriedad Posner define el derecho internacional como un conjunto de normas de cooperación que surgen cuando los Estados actúan dirigidos por sus propios intereses. Dicho de otra manera, los Estados obedecen las normas internacionales cuando favorece a sus objetivos, cuando no, valoran los costes y los beneficios de violarlas y ateniéndose al resultado de esa valoración deciden su comportamiento. Es decir, las normas internacionales se obedecen solo interesadamente y sólo allí donde los beneficios de obedecer las normas sean superiores a los costes de violarla.

Eric Posner repropone de forma directa, sin hipocresías ni disimulos, en modo bastante crudo algunas de las tesis del realismo

¹⁴ *Ibid.*, p. 108.

internacionalista¹⁵ de Hans Morgenthau sesenta y tres años después de la publicación de su famosa obra *Política entre las naciones*¹⁶. Como es sabido Morgenthau prefería hablar de relaciones internacionales antes que de derecho internacional. En el ámbito de estas relaciones, cuyo objeto no era otro que el poder, el Estado nación detentaba el papel protagonista guiado siempre por la búsqueda de sus propios intereses.. El rasgo más importante del realismo político que Posner retoma es justamente, el concepto de *interés*, definido en términos de poder que infunde un orden racional al objeto de la política. El interés del Estado o el juego de intereses enfrentados es la clave racionalizadora de las relaciones internacionales y es propiamente el elemento que en un proyecto cosmopolita no podemos encontrar. Un Estado mundial o más modestamente cualquier organismo surpranacional no parece tener razón de ser cuando se niega que exista un interés conjunto de las naciones o de la humanidad. Los realistas sólo son capaces de reconocer los intereses particulares de los Estados, si estos dejaran de existir no cabría hablar propiamente de relaciones internacionales y mucho menos de derecho internacional.

Así después de la Segunda Guerra Mundial, acabada la guerra fría, sumidos todavía en las consecuencias de la política del gobierno Bush y ante una grave crisis económica las tesis realistas siguen vigentes y se repropone en teorías y prácticas políticas.

Ahora ya no se trata de negar la existencia del derecho internacional que sin duda constituye un elemento de la realidad aunque sólo sea en la medida en que sirva a los intereses egoístas que las naciones-Estado puedan tener en la cooperación mutua¹⁷. Digamos que se nos invita a reinterpretar de manera polisémica el propio término derecho que puede ser usado bien en el ámbito estatal donde implica coacción

¹⁵ Posner se declara expresamente deudor de las tesis realistas y de sus cautelas ante la excesiva confianza en el derecho Internacional especialmente se manifiesta seguidor de la obra de Hans Morgentau y de E.H. Carr. (Vid. *ibid.*, p. XV).

¹⁶ MORGENTHAU, H.J., *Politics among nations. The Struggle for Power and Peace*, (1948), Alfred Knopf, New York, 1960.

¹⁷ «...it is most definitely not my claim that International law does not exist or does not matter. The argument is instead that International law exists and matters when it serves nation-states' interests in international cooperation. Understanding when those conditions exists and do not exists should be on every International law professor's academic agenda» (POSNER, E.A., *The perils of...*, p. xv).

y, deseablemente tal vez, un cierto grado de legitimidad, o bien puede ser usado en el ámbito internacional donde no es más que la plasmación de las relaciones de poder entre los Estados. También en el ámbito estatal podríamos decir que el destinatario de las normas puede valorar los costes y beneficios de violarlas y que en algunos casos los beneficios de violar las normas pueden ser superiores a los costes. Sea como fuere la coacción será aquí un elemento independiente de las circunstancias específicas del sujeto cuya certeza debería eliminar cualquier interés en la violación de la norma. En cambio en el ámbito de las relaciones interestatales, no tenemos certidumbre de que se aplicará una sanción por la violación de la norma y la coacción en la medida en que es incierta no produce efectos disuasorios. Por otra parte, ¿quién podrá coaccionar al Estado más poderoso del mundo? En el ámbito internacional obedecer una norma en contra de los propios intereses solo puede ser manifestación de debilidad o de una falta de poder real en el escenario político mundial.

En definitiva si el derecho internacional existe, su realidad, sus características definitorias, en ningún caso se pueden parangonar a la realidad del derecho estatal. No cabe paralelismo alguno entre ambos sistemas normativos. Para Eric Posner si comparamos ambos ordenes deberíamos concluir que las diferencias entre ambos no son simplemente de grado o meramente formales sino sustanciales. En las antípodas de la famosa teoría internacionalista de Hans Kelsen, para quien el término derecho no es ciertamente polisémico, se nos dice ahora que podemos utilizar la palabra derecho para designar un conjunto de reglas que no tienen las características de lo jurídico. La observación de una misma normativa produce así descripciones de su naturaleza radicalmente distintas.

Hans Kelsen desde los años treinta del pasado siglo había insistido en que el derecho internacional sí puede definirse del mismo modo que el derecho estatal. Ambos son ordenes coactivos, ordenes que intentan lograr una determinada conducta de los hombres utilizando como medio la amenaza de una sanción. Las diferencias tienen que ver con el distinto grado de perfeccionamiento técnico que presentan ambos sistemas jurídicos y no con su sustancia. Así si los ordenamientos jurídicos estatales pueden calificarse como modernos, el derecho internacional es un claro ejemplo de un sistema jurídico primitivo que se encuentra en el mismo estadio de descentralización donde se encontraba el orden jurídico interno antes de su evolución. Cuando Kelsen observa la realidad del derecho internacional echa a

faltar el nivel de desarrollo técnico propio de los sistemas jurídicos avanzados.

El gran jurista austriaco enumera las imperfecciones técnicas del orden internacional donde no existen órganos centrales especializados para la formación y ejecución del derecho. No rige el principio de división de poderes y la formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o de la convención (tratado), es decir, a través de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. No existen tampoco instancias centrales que apliquen las normas generales a casos concretos sino que son los miembros de la comunidad internacional los que se encargan de dicha actividad.

Pero donde se muestra la falta de desarrollo técnico del derecho internacional con toda crudeza es cuando se produce una violación de una norma internacional. En estos casos a menudo es el propio Estado que se considera lesionado el que determina si efectivamente se ha producido el hecho ilícito y quién es el responsable. Falta una instancia objetiva que pueda resolver el litigio en el marco de un procedimiento jurídicamente regulado. Así se hace uso de la primitiva técnica jurídica de la autodefensa de la que —cree Kelsen— también partió el desarrollo del orden jurídico de los Estados¹⁸. El primitivismo de esta técnica tiene que ver con el hecho de que en la autodefensa prevalece el principio de responsabilidad colectiva e indirecta sobre el de la responsabilidad individual y directa. Es decir, la consecuencia del ilícito no se dirige contra la persona, que actuando como órgano del Estado ha realizado el ilícito con dolo o culpa, sino que se dirige contra otros sujetos que en ningún modo han participado en este hecho y que no estaban ni siquiera en grado de oponerse. La represalia y la guerra no afectan a los órganos del Estado que han violado el derecho internacional con sus acciones u omisiones imputables al Estado, sino que recaen sobre las masas de hombres que constituyen el pueblo¹⁹.

¹⁸ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 2.º ed. (1960), trad. cast. de Roberto J. Vernengo, México D.F., Porrúa, 1991, p. 326.

¹⁹ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, 1.º ed., trad. cast. de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, p. 174. El hecho de que el orden internacional sea un sistema normativo primitivo condiciona de alguna manera su misma naturaleza jurídica como orden coactivo dirigido a la consecución de la paz. En cuanto derecho primitivo el llamado ordena-

Si queremos pacificar las relaciones internacionales el derecho internacional debe salir de su primitivismo debe ser perfeccionado o mejorado técnicamente. Para Kelsen el problema del derecho internacional o su principal defecto no es otro que la sanción objetiva y su solución pasa por la subjetivización de la misma. Abandonar la responsabilidad objetiva por la subjetiva es también para el jurista austriaco el instrumento principal para conseguir la pacificación de las relaciones internacionales.

Obviamente si contrastamos las tesis de Kelsen con la posición de Posner podemos decir que sin duda el uso del término derecho para referirse al orden normativo internacional por el jurista norteamericano no es más que una concesión a los usos del lenguaje como en su día realizó Hebert Hart en el último capítulo de su libro *El concepto de derecho*²⁰. Desde esta perspectiva el derecho internacional no es un sistema normativo deficiente sino esencialmente diferente al derecho estatal. No cabe hablar para Posner de sanciones en el ámbito internacional sólo de intereses de los Estados que se confrontan y se imponen por la fuerza. Podríamos decir que no hay norma ni sanción cuando manda el interés. El realismo de Eric Posner como antes el de Hans Morgentau no es sólo una manera de describir un orden normativo sino también una forma de definir la función a desarrollar por esa normas internacionales. Comprobar las deficiencias del derecho internacional impulsa a Hans Kelsen a un proyecto de perfeccionamiento del derecho internacional o de expansión del principio de legalidad más allá de las fronteras del Estado. Sin embargo, la ineficiencia de las normas internacionales conduce a Eric Posner a negar, *prima facie*, la posibilidad de cualquier perfeccionamiento jurídico puesto que no hay un autentico sistema jurídico que perfeccionar o puesto que no hay lugar para el derecho en el espacio internacional.

4. EL VALOR RELATIVO DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

Afirmar que el principio de legalidad o el constitucionalismo no son ideales exportables o universalizables significa cuestionar esos mismos

miento jurídico internacional no resulta, como fácilmente puede deducirse del uso de la autodefensa, muy efectivo en la consecución de esa paz.

²⁰ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. cast de Genaro Carrio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 263 y ss.

ideales también dentro de las fronteras estatales. Sostener que el Estado de derecho no es una estructura jurídica política a extender a otros países es tanto como afirmar su valor relativo o nuestras dudas acerca de su mayor valía respecto a otras formas de estructuración política.

Esto es justamente lo que podemos encontrar en Eric Posner o en otros negadores del derecho internacional una desconfianza absoluta en ese Estado de derecho vinculado al liberalismo político y encarnado con muchas imperfecciones en muchos países dentro y fuera de Europa. Así el legalismo, o la defensa del principio de legalidad, ya en su versión estatalista viene considerado una ideología, una visión errónea de la realidad, una especie de fe en los jueces y en la ley que no tiene, como cualquier otra fe, una posibilidad de comprobación. El legalismo, dirá el jurista americano, «*is not just faith in the judges; it also involves faith in the law – for example, the belief that a vague document written in another era, like the U.S. Constitution, can provide guidance for policy today, or that the common law provides a basis from which one can derive right answers, or that statutes have inherent meanings*»²¹. Por otra parte aunque debamos admitir que lo que conocemos como Estado de derecho, tiene cierta capacidad para describir la realidad de los Estados Unidos y de algunos países europeos con democracias consolidadas Posner insistirá en señalar que se trata de una teoría jurídico-política extraña a la mayoría de países del mundo. Especialmente allí donde encontremos jueces corruptos o instituciones jurídicas débiles²². En este mismo sentido la defensa del principio de legalidad internacional se convierte, para Posner, en la presunción de que todos los Estados van a converger en una misma fe, en una misma ideología liberal que acompaña el Estado de derecho.

Si la afirmación del principio de legalidad es pura ideología, pura ideología son también los derechos humanos carentes desde la perspectiva realista de cualquier legitimidad jurídica o moral. «*The fact is that there is virtually no evidence that states have internalized International human rights law. Human Rights did improve in the 1980s 1990s, but this was mainly because of rising living standards and the end of the cold war. Empirical studies have found no correlation between ratification of human rights treaties and improvement of human rights practices*»²³.

²¹ POSNER, E.A., *The perils of...*, p. 22.

²² *Ibid.*, p. 24.

²³ *Ibid.*, p. 68.

Podríamos decir entonces que una teoría como la de Eric Posner o cualquier otra que niegue el ideal del imperio de la ley internacional pretende debilitar, o simplemente anular, el tradicional vínculo que muchos juristas, politólogos y filósofos han establecido entre derecho y paz mundial; entre respeto a los derechos humanos y éxito de la comunidad política internacional o entre democracia interna y democracia externa. Este vínculo se mostraba claramente en la tesis de Immanuel Kant para quien a medida que se extendiera el modelo republicano a través de los distintos países las relaciones internacionales se pacificarían.

En el sentido kantiano también Kelsen en su obra *Esencia y Valor de la Democracia* señalaba la tendencia de la sistemas democráticos a justificar su política internacional en una ideología pacifista y racional y así a considerar siempre la guerra emprendida como guerra meramente defensiva²⁴. El tipo democrático —pensaba Kelsen— se inclina al ideal pacifista. Décadas más tarde Jürgen Habermas desde el mismo convencimiento constatará de un lado que las repúblicas democráticas no se comportan en general de una manera más pacífica que los Estados no democráticos pero, por otro lado, sostendrá que las orientaciones de carácter universalista de una población acostumbrada a instituciones libres acaban por impregnar también la política externa. En una democracia la utilización de la fuerza militar ya no está determinada en exclusiva por una razón de Estado esencialmente particularista, sino también por el deseo de fomentar la expansión de formas no autoritarias de Estado y de gobierno²⁵. Cuando más Estados democráticos haya más no acercaremos entonces a una democracia mundial.

La tensión entre democracia interna y democracia internacional podría también plantearse en sentido inverso tal y como lo hace Norberto Bobbio. Si pensamos con el jurista italiano que un Estado democrático se caracteriza por estar fundado en un pacto de no agresión entre diferentes grupos políticos y en la estipulación entre estos mismos grupos de reglas que permitan la solución pacífica de los conflictos que podrán surgir entre ellos. Si a la vez consideramos el hecho

²⁴ Vid. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. cast. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Ed. Labor, 1934, p. 149.

²⁵ HABERMAS, J., *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. fran. de R. Rochlitz, París, Les éditions du Cerf, 1996, pp. 28-31.

de que el único modo de resolver los conflictos que surgen en el sistema internacional es todavía en última instancia, el recurso al uso de la violencia recíproca entonces el caos internacional expresaría no sólo de la imposibilidad de democracia externa sino también la de la propia democracia interna. Así, considera Bobbio nos encontramos en una especie de círculo vicioso «los Estados podrán llegar a ser todos ellos democráticos sólo en una sociedad internacional plenamente democratizada. Pero una sociedad internacional plenamente democratizada presupone que todos los Estados que la integran sean democráticos. El incumplimiento de un proceso es obstaculizado por el incumplimiento del otro»²⁶. La fuerza expansiva de la democracia interna hacia la apertura de un democratización de la comunidad internacional dando la razón a Bobbio se ha revelado un proceso menos unidireccional de lo que algunos pensadores parecían creer. La construcción de una comunidad mundial democrática no se producido y en los pequeños proyectos de comunidades supranacionales como la Unión Europea observamos la pérdida de los espacios de deliberación interna cedidos a órganos de decisión que no tienen ninguna legitimidad democrática.

En las posiciones de Eric Posner el elemento democrático desaparece tanto a nivel interno como externo. Para el jurista americano un Estado exitoso sería aquel que, haciendo abstracción de las características de su sistema político, es capaz en la medida en que tiene el monopolio de la fuerza de proveer de bienes públicos a sus ciudadanos. Bienes públicos como seguridad, un medio ambiente de calidad, instituciones de mercado, educación y sanidad²⁷.

Los peligros que pueden echar a perder el éxito de un Estado no son entonces las tentaciones autoritarias, la falta de libertades, la violación de derechos o la falta de garantías de los mismos. En las raíces de la debilidad de los Estados o de las causas de los llamados Estados fallidos encontramos, según Posner, en primer lugar, la heterogeneidad de sus ciudadanos y la consecuente heterogeneidad de sus preferencias «*diverse people do not benefit from public goods to the same degree*»²⁸. Y en segundo lugar, la fragmentación del poder.

²⁶ BOBBIO, N., «Democracia y sistema internacional», trad. cast. de Antonella Attili, *RIFP*, n. 4, 1994, p. 16.

²⁷ POSNER, E.A., *The perils of...*, p. 82.

²⁸ *Ibid.*, p. 85.

Heterogeneidad social y fragmentación del poder son precisamente para el jurista americano los males que afectan a Europa. La falta de homogeneidad de los pueblos, la variedad de culturas y especialmente la pluralidad de lenguas se convierten en sinónimos de debilidad. Por otro lado la fragmentación del poder y la consecuente debilidad de la norma internacional ilustra lo que Posner denomina la paradoja del derecho internacional: «*when few states (or few major states) exist, international cooperation is relatively easy, and so formal international legal institutions become less important. The states can cooperate in an informal sense rather than try to issue and enforce formal rules that apply generally. At the same time, because the large states can create most collective goods internally, the demand for international cooperation is relatively low. When many states (or many major states) exist, international cooperation is both more desirable and more difficult. Because it is more difficult, formal international legal institutions become more attractive; however because cooperation is necessary to sustain those institutions, the latter are likely to be weak*»²⁹.

Por ello para el jurista americano, no son admisibles la teorías de aquellos que insisten en desagregar el Estado, en observar sus distintos componentes y descubrir así las razones por las que el derecho internacional puede trascender los intereses de los Estados.

No son admisibles teorías como las de Harold H. Koh³⁰ quien sostiene que la decisión de los Estados de crear y aplicar u obedecer el derecho internacional hace tiempo que no puede entenderse usando un modelo unitario de Estado y al contrario son los actores no estatales los que a menudo obligan a los Estados a obedecer esas normas.

Tampoco son admisibles teorías como la defendida por Jürgen Habermas en los años noventa cuando nos invitaba a aprovechar los efectos de la globalización. Para Habermas, como para Kant en su tiempo, existen hechos en la vida actual que son prueba de ciertas tendencias “naturales” hacia un cambio en el orden internacional. La extensión de la democracia, la fuerza socializadora del comercio o la realidad de una verdadera opinión pública mundial niegan el carácter

²⁹ POSNER, E.A., *The perils of...*, p. 92. «The point is rather that as states break up, international cooperation will become more difficult, and International law will become weaker». (*Ibidem*)

³⁰ Vid. KOH, H.H., «Transnational Legal Process», *Nebraska Law Review*, 1996, n. 75, pp. 181-207.

utópico de una comunidad republicana supranacional. Así el ideal de la pacificación de las relaciones internacionales para el filósofo de Frankfurt pasaba por aprovechar las circunstancias de la globalización que pueden interpretarse “en el mejor de los casos” como signos de la transición del derecho internacional hacia el derecho cosmopolita.

Muy al contrario para el nuevo realismo internacionalista no cabe en ningún caso interpretar la globalización o los procesos de cesión de soberanía como una oportunidad para el cosmopolitismo. En este sentido la Unión Europea es la tabla de ensayo sobre la que ya podemos observar las limitaciones de cualquier proyecto cosmopolita, el ejemplo perfecto con el que observar a donde conduce la debilidad de las soberanías estatales. El concepto de interés como elemento racionalizador de las relaciones con los otros sólo puede mantenerse a través del Estado unitario. Ni Europa, ni el mundo conforman una unidad política y ello explica la poca eficacia de las normas internacionales y los problemas de la Unión Europea para encontrar una acción común.

Nada bueno podemos esperar, entonces, de la llamada crisis de la soberanía. En cambio deberíamos desear un mundo con pocos y grandes Estados donde el equilibrio entre ellos relativice la necesidad de normas internacionales. La propuesta de Posner tampoco aquí es novedosa antes bien recuerda mucho a la idea del *ius publicum europeum* tal y como viene descrito por Carl Schmitt. El sueño de una sociedad de Estados, de pequeños y grandes leviatanes donde el libre juego de sus intereses genere de forma un tanto inexplicable si no la ausencia de violencia sí una limitación de la misma. Un supuesto equilibrio que no constituye ningún obstáculo para las aspiraciones imperiales del Estado más poderoso del momento.

5. EN CONTRA DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INDIVIDUAL. ¿JURISDICCIÓN EN LA ANARQUÍA?

La batalla final contra el derecho internacional se libra en torno a los tribunales internacionales es vital para un planteamiento como el de Posner negar a los mismos cualquier virtualidad, cualquier eficacia, sus éxitos demostrarían que la ley se impone por encima de los intereses de los Estados, que es posible la subjetividad individual en

el ámbito internacional o que los derechos humanos no son mera retórica.

Así ante el evidente desarrollo de una jurisdicción internacional Posner se muestra extremadamente crítico. Su valoración de esos tribunales por otra parte se resiente de su consideración negativa de la función judicial también en el espacio estrictamente interno.

Frente a una extendida interpretación del papel de esos órganos jurisdiccionales el jurista americano se esfuerza en explicar que la multiplicación de tribunales internacionales en modo alguno puede entenderse como un avance de la justicia internacional. No son instituciones imparciales, ni independientes, su pretensión de hacer justicia frente a los esfuerzos de los Estados de ejercer su poder son ilegítimos. La única función que estas instituciones pueden ejercer legítimamente es la ayudar a los Estados a resolver disputas cuando estos tengan la intención de resolverlas. El derecho no puede resolver problemas sin el soporte institucional del Estado. Si partimos de que el gobierno mundial es inviable entonces el tipo de jurisdicción que podemos esperar que prevalezca en el ámbito internacional necesariamente deberá ser débil, limitada, maleable y vulnerable.³¹

En este sentido entre jurisdicción³² y arbitraje como técnicas de resolución de conflictos Posner se inclina, desde luego, por esta última. Por una técnica que implica al tercero de un modo mucho más limitado y dentro de un esquema donde las reglas procesales y sustanciales han sido pactadas por las partes. Pero sobre todo el arbitraje es la técnica adecuada para resolver conflictos en el ámbito internacional porque es la única que puede prevalecer en un contexto sin un claro poder legislativo. Más concretamente el arbitraje deja intacto el principio de soberanía estatal y permite la ficción de que sólo el libre consentimiento o la fuerza puede obligar a un Estado soberano.

³¹ Cfr. *Ibid.*, p. 128.

³² Posner habla de la decadencia del ICJ. Concretada en el hecho de que sus sentencias son incumplidas. La explicación que más convence a Posner sobre la decadencia de este tribunal es la siguiente: «*the better view is that with the cold war, decolonization, and the rise of new powers like India and Brazil, the ICJ could not find and international legal or moral consensus on which it could make judgments that states would respect. This may have reflected the nature of geopolitics, or it may just have been the result of a failure by the ICJ judges to act with sufficient political sensitivity*» (*Ibid.*, p. 149).

Los éxitos del sistema del GATT/WTO frente a los fracasos de la Corte de Justicia Internacional tienen una clara y cruda explicación: «ICJ takes seriously the sovereign equality of state, while the WTO system is that takes seriously the sovereign equality of states, while the WTO system acknowledges the importance of state power [...] the increasing willingness of the weak countries to use the ICJ against powerful countries may have soured the latter... indeed, studies confirm that weaker and poorer countries generally do not use the WTO dispute mechanism»³³.

Pero obviamente Posner no se puede detener aquí, de alguna manera debe dar cuenta del crecimiento de la normativa internacional en materia de derechos humanos y de la llamada globalización del derecho penal, es decir, del desarrollo exponencial de tribunales internacionales con capacidad para exigir responsabilidades a sujetos individuales. La multiplicación de estos tribunales penales le parece el resultado de la colisión entre las ambiciones del legalismo global y la realidad de la política³⁴.

Sabemos que hasta la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional regulaba las relaciones entre Estados e ignoraba las relaciones entre los Estados y los individuos. Las únicas excepciones eran la piratería y los crímenes en tiempo de guerra. A partir de la Segunda Guerra Mundial la idea tradicional surgida de la Paz de Westfalia de que cada Estado controla lo que ocurre en su territorio y no tiene ningún derecho de controlar lo que ocurre en los territorios de los otros parece declinar.

En la segunda mitad del siglo XX el derecho penal internacional y los derechos humanos se expanden. De alguna manera todo empieza con los tribunales de Nuremberg y Tokio, primeros intentos de castigar sujetos individuales por iniciar una guerra o cometer crímenes contra la paz o contra la humanidad. Un esfuerzo conjunto de los países aliados por sustituir la responsabilidad objetiva por la responsabilidad individual también en el ámbito internacional. En este sentido los juicios representan el deseo consciente de establecer un precedente y el inicio de un auténtico sistema de derecho penal internacional. Los problemas de ese proyecto de justicia penal internacional son de sobra conocidos y tienen que ver con la difícil justificación

³³ *Ibid.*, p. 156.

³⁴ *Ibid.*, p. 151.

del derecho retroactivo, las tentaciones de un proceso espectáculo³⁵ o ejemplarizante y la poca capacidad real de los aliados para juzgar la multitud de crímenes cometidos³⁶. Cuestiones todas ellas que no ensombrecen por otra parte el valor simbólico, histórico, jurídico y moral de esos procesos.

A partir de los juicios de Nuremberg se ha desarrollado de manera inusitada la justicia penal internacional cuya última conquista es la creación de la Corte Penal Internacional organismo que constituye el caballo de batalla de todos los juristas que como Posner no aceptan un derecho internacional con sujetos individuales de derecho. Para oponerse a este organismo se suelen utilizar dos estrategias críticas opuestas entre sí. Por una parte se identifican las deficiencias técnicas de la corte y se insiste en su falta de eficacia: como otros tribunales internacionales el funcionamiento de la CPI depende de la buena voluntad de los Estados; el fiscal general no tiene autoridad independiente para conducir investigaciones en el terreno de los Estados parte y tiene que pedir a estos que lo hagan por él. Se dice también que es un tribunal que es solo capaz de perseguir los delitos cometidos en países tercermundistas y no puede hacer frente a posibles crímenes que cuestionen la estabilidad de los países occidentales.

De estas críticas podríamos deducir que no cabe «temer» nada de un tribunal de este tipo, sin embargo, a la vez que se sostiene su ineficacia se afirma que el estatuto de Roma golpea en el corazón de los intereses de los Estados a pesar de que está dirigido a determinar responsabilidades individuales. En palabras de Eric Posner «*Prosecutions will inevitably raise questions concerning both the legality of a decision by a state to use force and the legality of the tactics used by a state under international law (both jus in bellum and jus ad bello)*»³⁷.

³⁵ Para una crítica a los procesos de justicia transicional con especial atención a los procesos de Nuremberg vid., KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit International*, trad. fran. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Paris, Editions A. Pedone, 2007 y LUBAN, D., "Fairness to Rightness: Jurisdiction, legality, and the Legitimacy of International Criminal Law" en *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 569-589.

³⁶ Vid., MUÑOZ CONDE, F., MUÑOZ AUNIÓN, M., *Vencedores o vencidos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 19.

³⁷ *Ibid.*, p. 200.

Su potencial peligro justifica la actitud agresiva de Estados Unidos contra la CPI³⁸. Cualquier Estado soberano con fuerzas militares en el exterior temerá que sus soldados, sus mandos, incluso las más altas autoridades políticas sean llevadas ante la Corte por crímenes de guerra y aunque no sean condenadas esto resulta puede resultar extremadamente embarazoso. Por otra parte se sostiene la definición de los crímenes es vaga, soldados y oficiales pueden ser castigados por actividades que ellos consideran de rutina. Así se sostiene dos cosas incompatibles entre sí la ineficacia de la Corte y a su vez su capacidad para perseguir a ciudadanos (especialmente norteamericanos) por la comisión de delitos contra la humanidad. Es decir un tribunal manifiestamente inoperante que no obstante constituye una amenaza para la soberanía de los Estados.

Pero más que en la crítica a los tribunales donde apreciamos el alcance del de esta última versión del realismo internacionalista es, como ya he apuntado, en la visión de los derechos humanos y de la legislación que en torno a ellos se desarrollará desde el final de la Segunda Guerra Mundial (Convención contra el genocidio, contra la tortura, los Pactos, la Convención de los derechos de los niños...). Como en un tiempo para Carl Schmitt o Hans Morgenthau los derechos humanos son, para Posner, como el Estado de derecho, pura ideología cuya tantas veces afirmada ineficacia, tampoco aquí, les protege de una crítica despiadada. Atacando a los derechos humanos, que no serían más que aspiraciones morales pretendidamente universales, se intenta frenar una vía de evolución del derecho internacional y se ataca la legitimidad que da justificación a la subjetividad jurídica universal. Se niega que ante el tribunales internacionales puedan ser parte los individuos y no sólo las organizaciones políticas y que en definitiva los derechos humanos constituyan la base material también de la comunidad política internacional.

En este sentido Posner dirá no es siempre es correcto y deseable presionar a los gobiernos para que dejen de violar los derechos humanos. *«To put this point more precisely, governments violate the rights of their citizens because they believe that they should or must. In some cases, repressive measures are thought to be necessary to prevent or end a civil war or insurgency that is far worse than the repression itself or that could lead to a government that is worse the existing government.»*

³⁸ *Ibid.*, p. 200.

*Not all civil wars are wars for national liberation.... When Western states pressure weak governments to improve their human rights records, they risk undermining them and preparing the way for civil war*³⁹. El respeto a los derechos deja de ser el fundamento de la paz para ser un factor de inseguridad y mejor de violencia.

6. UNA BREVÍSIMA CONCLUSIÓN

En la rudeza de los argumentos de Posner se aprecia bien la necesaria continuidad entre la teoría del derecho pensada al interno del ámbito estatal y la teoría del derecho internacional. Si los beneficios del Estado derecho no son exportables a la comunidad internacional habrá que concluir que tampoco valen para el ámbito estatal. Si la democracia no es la meta de una comunidad mundial tampoco vale para una comunidad nacional. Si en definitiva los derechos humanos son mera ideología, moral y no derecho, particulares y no universales no cabe utilizarlos como instrumento de protección en ningún espacio político.

La posición de Eric Posner es la caricatura extrema de toda una corriente pensamiento jurídico y político que se esfuerza en una involución del derecho internacional donde no hay espacio para la subjetividad jurídica individual o donde el poder se impone por encima del derecho y la fuerza del país más poderoso del planeta es la única ley.

³⁹ *Ibid.*, p. 185.

COOPERACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONALIDAD DE LA IGLESIA CATOLICA¹

PAULINO CÉSAR PARDO PRIETO

Profesor titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de León

SUMARIO:—1. Evolución del modelo de relación Estado-confesiones, laicidad y cooperación.—2. Laicidad y cooperación en el modelo constitucional español.—3. La cooperación mediante acuerdos internacionales con la Iglesia católica: 3.1. La internacionalidad de la Santa Sede. 3.2. La naturaleza de tratados internacionales de los acuerdos.3.3. La ubicación de los acuerdos en el sistema de fuentes español. 3.4 El fundamento de la cooperación pacticia.—4. Consideraciones finales.

1. EVOLUCIÓN DEL MODELO DE RELACIÓN ESTADO-CONFESIONES, LAICIDAD Y COOPERACIÓN

Los eclesiasticistas solemos explicar las relaciones históricas entre Estado e iglesias utilizando un círculo para representar el *poder estatal* y otro círculo, o los que fueran necesarios, para representar el *poder confesional*. En el modelo de identidad, dos círculos se superponen —apenas se distinguen—, expresamos con ello la irreductible unidad de los dos poderes; en el de exclusividad, los círculos no llegan a tocarse, indicando la absoluta separación entre aquellos; en el de utilidad, se interseccionan, más o menos ampliamente, según cual

¹ Trabajo basado en la conferencia «Relaciones de cooperación internacional y la participación en la vida política» pronunciada en la Universidad Carlos III el día 16 de junio de 2011, dentro de la III Jornada Científica del II Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Realizado en el marco del Proyecto «Instrumentos Jurídicos de Integración de la diversidad», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Investigadora responsable: A. CASTRO JOVER).

fuera el grado de implicación mutua que queremos denotar; en el avance hacia la neutralidad, esa intersección se convierte en secante y hasta tangente².

A pesar de que esta última imagen se contrapone netamente a las anteriores, no resulta del todo esclarecedora para mostrar hasta que punto es distinto de los otros el modelo de neutralidad o laicidad.

Durante el Antiguo Régimen el Estado es un instrumento más en manos de las clases altas para imponer su fuerza y consolidar su presencia en la parte superior de la pirámide social. En Europa, ese modelo inicia su extinción con la Revolución francesa, para ir desapareciendo con los acontecimientos revolucionarios que se suceden a lo largo y ancho del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. La Segunda Guerra Mundial y el constitucionalismo de nuevo cuño posterior a la misma certifican su completo final³.

En España, ese cambio jurídico acaecerá con la promulgación de la Constitución de 1978. Hasta ese momento, desde los siglos XIX y XX, hasta la caída del franquismo y con la única excepción de los dos períodos republicanos, la influencia de la Iglesia católica en la esfera estatal había venido operándose en virtud de la vigencia del instrumento concordatario. En el marco liberal de la Constitución de 1845, el Concordato de 1851, tratará a Isabel II del mismo modo que trató a Fernando VI el anterior de 1753⁴, asignará a la reina las prerrogativas de intervención en la Iglesia española que fueron características de sus predecesores, atribuirá a la jerarquía católica la gestión y control de libertades esenciales y residenciará en el pontificado y la monarquía la potestad de interpretar el texto y orientar su aplicación⁵. El Concordato ata al Estado a un ordenamiento jurídico extraño, le privará de la competencia exclusiva para definir la regulación de los

² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., "Principios, técnicas y modelos de relación entre estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos" en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 88. Abril-Junio 1995, pp. 29-61.

³ Centrando nuestra atención especialmente en España, a esta evolución hemos dedicado PARDO PRIETO, P., *Libertad de conciencia y sistema concordatario histórico español*, Salamanca, 2004.

⁴ La Reina y el Pontífice son presentados como autoridades absolutas de una y otra institución que en uso de sus atribuciones confirman y renuevan el pacto y prometen por sí y sus sucesores la fiel observancia de todos y cada uno de los artículos de que consta. Vid., ad. es., el artículo 44 del Concordato de 1851.

⁵ Vid. artículo 45 del Concordato de 1851.

derechos constitucionalmente reconocidos. Lo concordado permitirá a la jerarquía eclesial gestionar aquello que tiene que ver con la formación, expresión y actuación de la personalidad individual (enseñanza, imprenta, moral pública); la monarquía y quienes la sustentan intervendrán en la organización de la Iglesia española y, de ese modo, indirectamente, dispondrá de capacidad para incidir en esas facetas que se sustraen al Estado y quedan sujetas a la intervención de la Iglesia. En el contexto nacional católico franquista, con todo lo que pudiera querer ver reconocido la Iglesia ya incorporado al ordenamiento jurídico estatal por mor de la legislación unilateral, también se reproduce el mismo esquema y termina por sancionarse en el Concordato de 1953 materializando un Derecho especial cuya modificación queda aparentemente al margen de la autonomía de una sola de las partes.

Después de 1945, en Europa se afirma el modelo de Estado social, democrático y de Derecho. En él sólo los ciudadanos, y no las instituciones, tienen derechos. Derechos que además son iguales. En ese Estado confluyen ideas y facultades cedidas libremente, articuladas a través de la participación respetuosa, responsable, del conjunto de la sociedad en la administración, generación y disfrute de todas ellas. Ese es el modelo en el que se enmarca la Constitución española de 1978, rompiendo con el inmediato precedente franquista y haciendo imprescindible la modificación de los acuerdos entonces vigentes⁶.

En contra de lo que fue habitual en la historia europea desde quince siglos antes, no cabe ya referirse a dos poderes políticos que proyectan su acción sobre un mismo grupo de personas⁷. A lo sumo, habría un sólo poder, el del Estado, y éste de dimensiones relativamente pequeñas, las mínimas imprescindibles para asegurar el modo de convivencia determinado por su Constitución⁸. El «poder» de las

⁶ Cfr. PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos con confesiones religiosas*, Valencia, 2008, p. 28. Una panorámica de algunos de los países que más han incidido en la configuración del sistema constitucional español de libertad de conciencia, en VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, 2008, pp. 43-62.

⁷ Carta del Papa Gelasio al emperador Anastasio, año 494. Sobre las ideas que sumariamente se expondrán acerca de la relación entre laicidad y cooperación en el modelo español vigente puede verse PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos con confesiones religiosas...*, *cit.*, pp. 25-33.

⁸ «Si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda entonces ningún espacio para un poder esta-

confesiones religiosas hoy no tiene vigencia en su sentido histórico; ya no son «poder» sino lo que en conciencia los individuos deseen ver en ellas. Su facultad de atar y desatar no va más allá de la que legítimamente le otorguen las voluntades personales de los fieles, son estos ciudadanos quienes deciden su constitución e impulsan su existencia; son los ciudadanos fieles quienes con los lazos de sus derechos atan y desatan. Ellos no son ya creyentes a imagen y semejanza del prototipo dictado por la confesión sino que las confesiones responden fielmente al diseño procurado por sus miembros.

La representación gráfica más apropiada de este modelo sería la de un círculo, que expresaría el poder estatal, y un número de círculos secantes o tangentes igual al de ciudadanos inmiscuidos en el ejercicio de ese poder y afectos a las decisiones normativas del mismo⁹. Las interferencias que surgen entre normas estatales y normas de fe, consecuentemente, han de ser entendidas como conflictos entre normas indisponibles de la comunidad política y normas indisponibles en conciencia. Y si el Estado coopera con la confesión es para apreciar cuáles de sus normas pueden acomodarse a las reglas de conciencia y actuar, hasta donde sea posible, en favor del libre ejercicio de las creencias y ampliar el espacio para la libertad individual. Porque el Estado laico no limita o dificulta el desarrollo de las cosmovisiones dispuestas al consenso democrático. Y cuando se propone cooperar, no quita valor a algunas de éstas para favorecer a otras, únicamente se ocupa de hacer efectivo en el plano ideológico un doble compromiso. De una parte, asume que la libertad de conciencia ocupa el lugar central en la esencia democrática del Estado¹⁰ y la

tal extra o preconstitucional. (...) Los órganos del Estado no son “virtual” o realmente omnícompetentes (...) sino que, de inicio, sus funciones están circunscritas y vinculadas funcionalmente por el derecho», HÄBERLE, P., *Teoría constitucional*, México, 2003, pp. 19-20.

⁹ Idealmente pensamos en el Estado que no es «realidad absoluta con la cual el individuo tendría que enfrentarse fatalmente como si se tratase de algo ya dado de antemano e independiente de él» sino «obra humana, hecha por hombres para hombres (...) orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado»; KELSEN, H., “Dios y Estado”, en *El otro Kelsen*, México, 1989, pp. 265-266.

¹⁰ Y ello, como subraya KELSEN, porque «Democracia es discusión»: «El principio vital de toda democracia, por lo tanto, no es, como se ha supuesto a veces, la libertad económica del liberalismo, porque puede darse tanto en una democracia socialista como en una liberal, sino más bien la libertad espiritual, la libertad de expresar opiniones, la libertad religiosa y de conciencia, el principio de tolerancia», KELSEN, H., “Forma de Estado y visión del mundo”, en *El otro Kelsen...*, cit., p. 229.

igualdad en la participación es la única garantía que un Estado verdaderamente democrático puede ofrecer a los ciudadanos de su empeño por hacer real la igual libertad¹¹, consecuentemente, no permitirá que las instituciones religiosas se inmiscuyan en la toma de decisiones políticas. De otra parte, adopta el compromiso de lograr que cada cual pueda estar en condiciones de llevar a cabo su programa de realización individual sin que los poderes públicos le opongan más inconvenientes u ofrezcan ilegítimamente menos ayudas que al resto¹².

2. LAICIDAD Y COOPERACIÓN EN EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Pensamos en el principio de laicidad en su ontológica conexión con el Estado y lo jurídico¹³; por tanto, en la laicidad que impone una orientación garantista y promotora a las políticas públicas atinentes a la libertad de conciencia en sus planos individual, asociativo e institucional, relacionadas, en cada uno de ellos, con el inabarcable espectro que va desde las religiones a parcelas del saber tan dispares como la educación, la investigación científica, la comunicación o la expresión artística¹⁴. El Estado laico, justamente por asumir una función garantista y promotora, es un Estado cooperador¹⁵ y la coo-

¹¹ «El significado determinante del principio democrático es que el sujeto político quiera la libertad que se pretende no sólo para él, sino para los demás; que el “yo” quiera libertad también para el “tú”, porque percibe que el “tú” posee la misma naturaleza que él. De ahí que, para conformar la noción de una forma democrática de sociedad, la idea de libertad debe complementarse, y restringirse, con la idea de igualdad»; KELSEN, H., “Forma de Estado y visión del mundo”, *ibid.*, p. 227.

¹² Sobre esta idea, BELLINI, P., “Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica”, en VV.AA., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico. Atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico. Siena, 30 novembre-2 dicembre 1972*, Milán, 1973, pp. 1133 y ss., y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia, vol. I*, 2002..., *cit.*, pp. 23-24.

¹³ Como explica L. GUERZONI, no puede confundirse la «laïcité au sens large» de la «noción específica de laicidad estatal o política»; “Il principio di laicità tra società civile e Stato, en Teoria e prassi...”, *cit.*, pp. 64-65; sobre las distintas nociones de laicidad, *vid.* BARBIER, M., *La laïcité*, París, 1995, pp. 69 a 89.

¹⁴ RIMOLI, F., “Estado laico e integración en la perspectiva constitucional”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 24, abril 2006, pp. 52, 64-65.

¹⁵ Otra cosa es cómo se concrete esa cooperación. Son muy ilustrativos al respecto los trabajos de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “El principio de cooperación

peración con los grupos sociales no es sino una muestra del solidario papel «redistribuidor» del Estado.

En el modelo neutral español, como en los modelos neutrales que ofrece el Derecho comparado, tres pilares soportan la idea de laicidad¹⁶: 1.º) Equivale a garantía de libertad, las creencias religiosas son apreciadas en tanto que es valorado positivamente el *igual* derecho de todos los ciudadanos a opinar y creer, a elegir entre las varias ideologías y creencias y a optar por alguna de ellas. 2.º) Prohíbe intervenir a favor, en contra o en la vida interna de las confesiones, salvo que en el seno de éstas llegaran a ponerse en peligro los derechos constitucionalmente reconocidos. 3.º) Exige la más rigurosa congruencia de la acción estatal con los principios superiores, el mínimo ético que configura su carácter o identidad, manteniendo la fe al margen de la toma de decisiones¹⁷.

del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, Mayo/Agosto 1989, pp. 199-231, o de ARECES PIÑOL, M.ª T., *Francia: Cien años de laicidad*, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 5, vol. I. *Artículos e Informes*, diciembre, 2005, pp. 64 y ss. Una perspectiva distinta de la que aquí defendemos puede verse en CATALÁRUBIO, S., *El pluralismo religioso en el seno de la Unión Europea*, espec. pp. 2-7; una aproximación a la cooperación en el contexto de la Unión Europea, en MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El diálogo entre la Unión Europea y las iglesias y organizaciones no confesionales*, pp. 9 y ss.; ambos en *Encuentros interdisciplinarios*, n.º 18 Septiembre-Diciembre, 2005, www.encuentros-multidisciplinares.org.

¹⁶ Véase la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que recuerda la doctrina contenida en las SsTC 24/1982, de 13 de mayo y 166/1996 de 28 de octubre. Sobre la actual idea de laicidad en la jurisprudencia constitucional, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede”, en *OLIR*, pp. 2-6, www.olir.com; o “Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España”, *Revista catalana de Dret public*, n.º 33, 2006, pp. 71-112, pp. 74-80.

¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia*, t. I, 1997..., *cit.*, p. 258. Y no sólo en la actividad desplegada por el Estado directamente sino también cuando cede su posición a favor de la iniciativa privada, véase, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “El principio de «subsidiariedad horizontal» en el ordenamiento español”, en CIMBALO, G., e ALONSO PÉREZ, J.I. (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti professionali*, Turín, 2005, p. 96; así como TARODO SORIA, S., “Libertad de conciencia y servicios sanitarios prestados por entes confesionales concertados por el Estado”, en OTO, A. de, y BOTTI, F. (a cura di), *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto. Atti del Convegno di Ravenna, 4-6 maggio 2006*, Bolonia, 2007, pp. 229-234. Para algunos autores, la adopción de esos criterios por el Estado merece ser rechazada; así, MARTÍN, I., *Sobre la Iglesia y el Estado*, Madrid, 1989, p. 586.

Tan consustancial al modelo español como la laicidad es la cooperación, como expresivamente pone de relieve el artículo 16, apartado tercero, de la Constitución¹⁸. Ahora bien, la imprescindible cooperación ha de ser coherente con esos tres pilares y no es fácil cuando por medio aparecen los acuerdos con confesiones. Porque si es el respeto hacia las singularidades individuales el que ocasionalmente lleva al Estado a aceptar la convivencia junto al Derecho común de otro no común, diferenciado por razón de las cualidades que cada identidad presenta¹⁹, existe el inminente riesgo de que los acuerdos se conviertan en «instrumentos privilegiados en quiebra de la igualdad»²⁰. Y en mayor medida es apreciable este efecto en las normas

¹⁸ Desde otros planteamientos, algunos autores prefieren hablar de la cooperación como complemento de la laicidad o definir el modelo español como de «laicidad más cooperación», es el caso de RODRÍGUEZ MOYA, A., *Evolución y vigencia del principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas*, en *Derecho canónico en tiempos de cambio. Actas de las XXX Jornadas de Actualidad Canónica*, Madrid, 2011, pp. 120 y 123. Otros se refieren a una laicidad o neutralidad «armonizada con la cooperación», BLANCO FERNÁNDEZ, M., «Laicidad del Estado y cooperación. El derecho pacticio a examen», en *Persona y Derecho*, 56 (2007), p. 166.

¹⁹ SERRANO POSTIGO, C., «Los acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IV, 1988, pp. 102 y 104; FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y confesiones religiosas un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Madrid, 1995, pp. 110-113.

²⁰ SERRANO POSTIGO, C., «Los Acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas...», *cit.*, pp. 102 y 104; véanse también la opinión de MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Transición democrática y libertad religiosa en España*, en *Persona y Derecho*, n.º 53 (Laicidad y laicismo), 2005, p. 220. consecuencia negativa que entienden comprobada hoy numerosos autores, *vid.*, entre otros, CASTRO JOVER, A., *Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos* (octubre 2003 / septiembre 2005) y FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., *Valoración jurídica del sistema de cooperación con las confesiones minoritarias en España* (noviembre 2005), ambas en www.olir.it/areetematice/103; LUCAS, J. de, «La inmigración islámica. De nuevo religión y política en las sociedades multiculturales europeas», en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n.º 2, 2002, pp. 224-228; SUÁREZ PERTIERRA, G., «La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución...», *Laicidad y libertad. Escritos jurídicos*, n.º 2, 2002, pp. 344-345. Una visión optimista, en cambio, de los pactos emprendidos en España puede verse en BLANCO FERNÁNDEZ, M., *Laicidad del Estado y cooperación. El derecho pacticio a examen*, en *Persona y Derecho*, n.º 56 (2007), pp. 157-175, espec. p. 175; o MARTÍNEZ DE CODES, R.M., «Un modelo de Estado aconfesional en el marco de la nueva Constitución para Europa», en *Encuentros interdisciplinares*, n.º 18 Septiembre-Diciembre, 2005, p. 8, www.encuentros-multidisciplinares.org.

concordatarias pues, como relevara Lombardía, esas normas podrían hipotecar el Derecho eclesiástico español del futuro²¹.

3. LA COOPERACIÓN MEDIANTE ACUERDOS INTERNACIONALES CON LA IGLESIA CATÓLICA

Los acuerdos vigentes entre el Estado español y la Santa Sede son dos preconstitucionales, el de 5 de abril de 1962 *sobre Universidades de la Iglesia Católica*²² y el de 28 de abril de 1976, *sobre Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos*²³, así como otros cinco posteriores a la Constitución, los de 3 de enero de 1979, atinentes a *Asuntos Jurídicos, Asuntos Económicos, Enseñanza y Asuntos Culturales y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos* y, el más reciente, suscrito el 21 de diciembre de 1994, sobre *Asuntos de Interés Común en Tierra Santa*²⁴.

²¹ Véase LOMBARDÍA, P., *Informe I*, 1970, en Archivo General de la Universidad de Navarra, pp. 4-5; en BLANCO FERNANDEZ, M.^a, *Libertad religiosa y cooperación en el Derecho Eclesiástico. Perspectiva actual del Derecho Pacticio español*, 2007, (mecanografiado) pp. 77-78. Mostrando la cautela del Prof. Lombardía, esta autora, ha recordado en fechas recientes cuáles eran las líneas que inspiraron dicho informe: «1.^a El establecimiento de un estatuto jurídico específico para la Iglesia, 2.^a la determinación de las remisiones al Derecho Canónico en aquellas materias que sea preciso siguiendo la técnica del presupuesto y 3.^a la regulación mediante pactos al más alto nivel solamente de las materias estrictamente necesarias»; Blanco concluye que esas premisas habrían sido seguidas en los acuerdos con la Iglesia católica hoy vigentes. Vid. “Los Acuerdos de 1976 y 1979. Un informe de Pedro Lombardía”, en BLANCO, M., CASTILLO, B., FUENTES, J.A., SÁNCHEZ-LASHERAS, M.A. (coords.), *Ius et iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, Granada, 2010, p. 123.

²² Instrumento de Ratificación de 29 de mayo (BOE de 20 de julio). Si bien es cierto que «...derogado el artículo XXXI del Concordato, que sirve de fundamento a dicho Acuerdo, implícitamente queda derogado también el Acuerdo, dejando a salvo los derechos adquiridos por las universidades aprobadas con anterioridad»; *vid.* SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, p. 562.

²³ Instrumento de Ratificación de 19 de agosto, BOE de 24 de septiembre de 1976.

²⁴ Los cuatro primeros fueron sancionados mediante Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE del 15). El último, según se establece en su artículo 12, entró en vigor el 4 de julio de 1995 y fue ordenada su publicación mediante Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores del 18 de ese mismo mes (BOE del 28). El contenido y la contextualización del Acuerdo, véanse CORRAL SALVADOR, C., “Acuerdo entre el Reino de España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa y anejo”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 47, n. 2, 1995, pp. 535-543; GARCÍA BARRIUSO, P., *España en la historia de Tierra Santa*,

Durante los primeros años de aplicación de los acuerdos de 1979, con el paso del régimen franquista al constitucional y el nuevo marco que consecuentemente se abría al uso de la técnica concordataria en España, cuatro cuestiones se convirtieron en terreno de enfrentamiento entre los eclesiasticistas en orden a su correcta integración en el modelo vigente: 1) la internacionalidad de la Santa Sede, 2) la naturaleza de tratados internacionales de los acuerdos, 3) la ubicación de éstos en el sistema de fuentes español y, 4) el fundamento de la cooperación que los propicia. Aunque todas ellas se encuentran estrechamente interrelacionadas, las examinaremos separadamente en el orden en que acabamos de realizar su enumeración.

3.1. La internacionalidad de la Santa Sede

En cuanto a la primera de las cuestiones, la internacionalidad de la Santa Sede, conviene aclarar que ha sido objeto de escasa polémica entre los eclesiasticistas españoles²⁵.

Con el término «Santa Sede» nos referimos, en sentido estricto, al *Romano Pontífice*, como cabeza suprema de la Iglesia Católica y, en un sentido amplio, a los oficios e instituciones de la *Curia Romana* que colaboran con el Papa²⁶: La *Secretaría de Estado*, algunos *Pontificios Consejos* (*Pontificio Consejo para los Laicos*, *Pontificio*

Madrid, 1992, p. 752; PALOMINO LOZANO, R., “El Acuerdo entre el Reino de España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa. Una perspectiva histórico-jurídica, diez años después”, en *RGDCDEE*, n. 2, 2003, *iustel.com*.

²⁵ Sobre este punto *vid.* D'AVACK, P. A., “Santa Sede”, en *Vaticano e Santa Sede*, Bolonia, 1994, pp. 306 y ss, también BARBERINI, G., “La partecipazione della Santa sede a convenzioni, trattati e accordi internazionali”, en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, anno IX, agosto, 2001, n.º 2, p. 411, o “Le Saint-Siège et la notion de puissance en Droit International”, en *L'année canonique*, vol. XLII, 2000, pp. 38-39; el mismo autor expone en *Le Saint-Siège. Sujet souverain de droit international*, París, 2003, pp. 21-68, una fundamentación tanto canónica como internacional de la personalidad jurídica de la Santa Sede, con amplia referencia a la doctrina italiana, francesa y, más parcialmente, española; CARDIA, C., “La soggettività internazionale della Santa Sede e i processi di integrazione europea”, en *Ius Ecclesiae, Rivista Internazionale di Diritto Canonico*, vol. XI, n.º 2, 1999, p. 340, ó GARCÍA MARTÍN, C., “El estatuto jurídico de la Santa sede en las Naciones Unidas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXVIII, 1998, n.º 75, pp. 264-266 y 268-271.

²⁶ Can. 361 *En este Código, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también, a no ser que por su misma*

Consejo «Iustitia et Pax», Pontificio Consejo para la Cultura, Pontificio Consejo «Cor Unum»), legados pontificios. La Ciudad del Vaticano, es el Estado sobre el que ejerce su soberanía absoluta el Sumo Pontífice, una organización política que nada añade a la naturaleza de sujeto de relaciones internacionales que acompaña a aquella otra entidad²⁷.

naturaleza o por el contexto conste otra cosa, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia, y otras Instituciones de la Curia Romana.

Can. 362 *El Romano Pontífice tiene derecho nativo e independiente de nombrar a sus propios Legados y enviarlos tanto a las Iglesias particulares en las diversas naciones o regiones como a la vez ante los Estados y Autoridades públicas; tiene asimismo el derecho de transferirlos y hacerles cesar en su cargo, observando las normas del derecho internacional en lo relativo al envío y cese de los Legados ante los Estados.*

Can. 363 § 1. *A los Legados del Romano Pontífice se les encomienda el oficio de representarle de modo estable ante las Iglesias particulares o también ante los Estados y Autoridades públicas a donde son enviados.*

§ 2. *Representan también a la Sede Apostólica aquellos que son enviados en Misión pontificia como Delegados u Observadores ante los Organismos internacionales o ante las Conferencias y Reuniones.*

²⁷ Vid. VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1978, pp. 188-189; VERDROSS, A., SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht. Theorie und praxis*, Berlín, 1984, pp. 247-249.

Otra cosa es que su existencia contribuya a facilitar las relaciones internacionales de la Sede Apostólica; DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, tomo 1, Madrid 1978, p. 303, o HERRERO Y RUBIO, A., *Derecho Internacional Público*, Valladolid, 1986, p. 415. En esta dirección parece apuntar la Ley Fundamental del Estado Ciudad del Vaticano cuando dice que con ella se procura que el mismo «responda más eficazmente a [sus] finalidades institucionales» y sirva «para garantizar convenientemente la libertad de la Sede Apostólica y como medio para asegurar la independencia real y visible del Romano Pontífice en el ejercicio de su misión en el mundo»; véase el preámbulo del motu proprio de 26 de noviembre de 2000. Señala al efecto GARCÍA MARTÍN que: «La naturaleza es distinta. El Estado de la Ciudad del Vaticano tiene una naturaleza estatal e instrumental, es un Estado instrumental de la Santa Sede. La Santa Sede no es un Estado, es el órgano del gobierno universal de una confesión religiosa: la Iglesia Católica. La finalidad es diversa. Mediante el Estado de la Ciudad del Vaticano se pretenden cubrir los servicios técnicos básicos de un Estado de reducidas dimensiones. La Santa Sede, en el ejercicio del gobierno universal de la Iglesia católica, mira a una finalidad de orden espiritual y moral. El ámbito de materias sobre las que intervienen difiere. Las materias en las que interviene el Estado de la Ciudad del Vaticano son de carácter técnico: correos, telecomunicaciones, moneda... La Santa Sede se hace presente en materias relacionadas con el hombre y cada una de sus facetas, de modo particular en su faceta espiritual y moral. La forma de presencia en las organizaciones internacionales generalmente no coincide. El Estado de la Ciudad del Vaticano suele tener el estatuto jurídico de miembro en organizaciones internacionales de tipo

Por una parte, se ha subrayado tradicionalmente que el reconocimiento de la Santa Sede como sujeto de Derecho internacional es evidenciado por el «*principio de efectividad*», interpretado como «*la constatación efectiva de que ese supuesto sujeto de Derecho internacional ejerce los derechos y cumple los deberes y funciones de un sujeto de Derecho internacional*», es decir, «*observando, no el ser del ente, sino su obrar real: pues su obrar nos llevará a su ser*»²⁸. En este sentido se apuntala la presencia en el suscriptor de los acuerdos de los derechos de legación (*ius legationis*), a estipular tratados internacionales (*ius tractatum*) y a formar parte en el plano internacional en conferencias, organizaciones así como las funciones de mediación en las controversias (*ius foederum*)²⁹. La trascendencia internacional que los concordatos históricamente han atribuido a la Santa Sede sería una muestra notable de esa efectividad³⁰.

técnico. Mientras que la Santa Sede, por lo general, suele estar representada por observadores permanentes en organizaciones internacionales de carácter no técnico, aunque en determinadas organizaciones internacionales sea miembro». Vid. *El estatuto jurídico de la Santa Sede en las Naciones Unidas*, cit., pp. 263-264.

²⁸ GARCÍA MARTÍN se refiere al que denomina «principio de efectividad funcional»; véase “El estatuto jurídico de la Santa Sede en las Naciones Unidas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXVII, 1998, n.º 75, pp. 248-249 y 252. El recurso a este principio, se ha recordado: «es sintomático del carácter singular y limitado de la Santa Sede, pues respecto a aquellos sujetos plenos (Estados) o funcionales (Organizaciones Internacionales), las efectividades corroboran o cuestionan la plenitud de sus capacidades»; JÍMENEZ GARCÍA, F., *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*, Madrid, 2006, p. 39.

²⁹ GARCÍA MARTÍN, *ibid.*, p. 253; MARTENS, K., “The Position of the Holy See and Vatican City State in International Relations”, en *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 83, 2006, pp. 742-749. Iuspublicistas como KUNZ han defendido, apoyándose en el dato fáctico y esos argumentos, que incluso en el período 1870-1929, la Santa Sede permaneció como sujeto de Derecho internacional, «como resulta plenamente probado por la práctica de los Estados», para recordar luego, en relación al Estado-Ciudad, que: «En 1930, cerca de treinta estados estaban representados diplomáticamente ante el Vaticano y el Vaticano lo estaba ante cerca de cuarenta (...) que no eran solo católicos». Véase KUNZ, J.L., “The status of the Holy See in international law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, pp. 308-309.

³⁰ En referencia a España, DÍEZ DE VELASCO recuerda que «en virtud del Concordato de 1953 el Estado español reconocía a la Santa Sede y al Estado de la Ciudad del Vaticano la personalidad jurídica internacional (art.3). Con posterioridad, y a raíz de los cambios políticos y sociales sobrevenidos en España, se procedió a ajustar las relaciones entre la Iglesia y el Estado español (...) a través de una serie de acuerdos, todos ellos suscritos con la Santa Sede, si bien sin hacer referencia expresa al aspecto de la subjetividad internacional de ésta»; véase *Instituciones...*, cit., p. 301.

Aún constituyendo el resultado de la «creación en un tratado de un sujeto internacional por otros dos sujetos internacionales»³¹, esto es, la Santa Sede y el Estado italiano, los elementos descritos estarían presentes aún en mayor medida en el Estado Ciudad del Vaticano por cuanto a éste cabe atribuir características esenciales a los Estados soberanos: territorio, población, banderas y signos distintivos, moneda, servicio de comunicaciones, policía, política impositiva, ordenamiento jurídico, jurisdicción estatal, representatividad y acción internacional³² pero no faltan autorizadas opiniones que hablan de un Estado, en el mejor de los casos, «sui generis»³³, habida cuenta de, por ejemplo, su exiguo territorio (el menor de entre los que reclaman alguna estatalidad), el ínfimo número de ciudadanos y residentes (cerca de 800); su anómalo presupuesto, opaco —desde luego, sin la publicidad característica de cualquier Estado de su entorno— e integrado por el del propio Estado y el de la Santa Sede; su financiación, tradicionalmente basada en monopolios —como el del tabaco y las comunicaciones— o las rentas vinculadas a bienes muebles (entre ellos, valores y derechos de propiedad industrial e intelectual) e inmuebles, dentro y fuera de la Ciudad del Vaticano³⁴. Añadamos a lo anterior que su reclamada neutralidad lo mantiene alejado de los foros internacionales³⁵ y, desde los inicios en 1929, el ordenamiento de Italia constituye una importantísima fuente subsidiaria de su Derecho³⁶.

³¹ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones...*, cit., p. 303.

³² Vid. IRELAND, G., “The State of the City of the Vatican”, en *The American Journal of International Law*, n.º 27 (1933), pp. 271-289.

³³ AUST, A., *Handbook of International Law*, Cambridge, 2010, p. 18.

³⁴ DUURSMA, J.C., *Fragmentation and the International Relations of Micro-States. Self determination and Statehood*, Cambridge, 1996, p. 374. Conforme a las estadísticas oficiales la población del Estado está constituida por el Papa; 73 cardenales; 306 diplomáticos de la Santa Sede; 49 ciudadanos y 102 meros residentes eclesiásticos y religiosos; 1 ciudadana y 95 meras residentes religiosas; 25 ciudadanos y 3 meros residentes laicos; 31 ciudadanas y 21 meras residentes laicas; 86 Guardias Suizos. En total son 572 los ciudadanos y 221 los meros residentes. Vid. Datos Estadísticos a 1 de marzo de 2011, en www.vaticanstate.va/IT/Stato_e_Governo/NoteGenerali/Popolazione.htm [08/09/2011].

³⁵ Vid. WRIGHT, H., *The status of the Vatican City* y FENWICK, C.G., “The new city of the Vatican”, en *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, pp. 452-457, y vol. 23, 1929, p. 374, respectivamente; o, también, CARLO, C., “Vaticano e Santa Sede dal Trattato lateranense a Giovanni Paolo II”, en D’AVACK, P.A., *Vaticano e Santa Sede*, Bolonia, 1994, pp. 56-57.

³⁶ Vid. art. 3 de la Ley n.º 71 sobre fuentes del Derecho, de 1 de octubre de 2008 [AAS Supp.79 (2008) pp. 65-70], que deroga la precedente Ley n.º 2 de 1929. Sobre el argumento véanse RANSON GARCÍA, J., “Vigencia de la ley italiana en el Estado

Hoy la Santa Sede forma parte de numerosas organizaciones (en muchas ocasiones con un estatuto limitado)³⁷. Así sucede en cuanto a su presencia en la ONU, ante la que obtuvo su condición de «Estado observador permanente» en 1964, participando desde entonces como invitada en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General. Desde 2004 su posición de Observador Permanente le confiere derechos y prerrogativas que separan su estatuto del atribuido a las Organizaciones Intergubernamentales que han recibido una invitación permanente para participar en calidad de observadoras en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General y mantienen oficinas permanentes de observación en la Sede de las Naciones Unidas³⁸. Igualmente, la Santa Sede ha suscrito importantes

de la Ciudad del Vaticano”, en *Revista Chilena de Derecho [online]*, 2009, vol. 36, n.º1, pp. 199-204, disponible en www.scielo.cl/ [08/09/2011]; así como LANDETE, J., “Las fuentes del Derecho Vaticano. Comentario legislativo de la nueva Ley LXXI de Fuentes del Derecho, de 1 de octubre de 2008”, en *Ius Canonicum*, n.º 98, vol. XLIX, Julio-Diciembre, 2009, pp. 623-651.

³⁷ Entre otras, es miembro de pleno derecho de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y participa en calidad de observador en organizaciones regionales intergubernamentales como el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos o la Unión Africana. Una relación de las organizaciones y Estados entre los que la Santa Sede desenvuelve su actividad diplomática internacional puede verse en la página Web de la Misión Permanente de Observación de la Santa Sede ante las Naciones Unidas, [www.un.org/es/comun/docs/?path=http://www.holyseemission.org](http://www.holyseemission.org).

³⁸ Sobre la participación de organizaciones ideológicas y religiosas en el ámbito internacional y especialmente en Naciones Unidas, véanse CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, Madrid, 1991, pp. 165-188; PETSCHEN, S., “La nueva presencia de la religión en la política internacional: una dimensión a tener en cuenta en una alianza de civilizaciones occidental e islámica”, *Documento de Trabajo n.º 46/2007*, en realinstitutoelcano.org [8/9/2011], 18 pp.; ABAD CASTELOS, M., *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004, pp. 216-233. En cuanto a la Santa Sede, en 2004 una resolución confirmó los siguientes derechos y prerrogativas: 1. El derecho de participar en el debate general de la Asamblea General; 2. Sin perjuicio de la prioridad de los Estados Miembros, la Santa Sede tendrá derecho a inscribirse en la lista de oradores para el examen de temas del programa, en cualquier sesión plenaria de la Asamblea General, después del último Estado Miembro inscrito en la lista; 3. El derecho de hacer intervenciones, para lo cual bastará que el Presidente de la Asamblea General formule una explicación o haga referencia a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General una sola vez al comienzo de cada período de sesiones de la Asamblea; 4. El derecho de respuesta; 5. El derecho de que sus comunicaciones relacionadas con los períodos de sesiones y los trabajos de la Asamblea General sean publicadas y distribuidas como documentos oficiales de la Asamblea, directamente y sin pasar por otros conductos; 6. El derecho de que sus

acuerdos de carácter multilateral³⁹, si bien se ha hecho notar que entre ellos no se encuentra la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos*, que ocasionalmente son tales las reservas y declaraciones opuestas que «diluyen el compromiso adquirido y hacen potestativa la obligación suscrita»⁴⁰ e, incluso, que la presencia de esta confesión religiosa en los órganos creados para la realización de los fines previstos en los tratados llega a convertirse en un serio lastre para el cumplimiento de los mismos⁴¹. En el trasfondo de este

comunicaciones relacionadas con los períodos de sesiones y los trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo los auspicios de la Asamblea General sean publicadas y distribuidas como documentos oficiales de esas conferencias, directamente y sin pasar por otros conductos; 7. El derecho de plantear cuestiones de orden en cualesquiera actuaciones relacionadas con la Santa Sede, sin que el derecho de plantear dichas cuestiones incluya el derecho de impugnar la decisión del Presidente; 8. El derecho de copatrocinar proyectos de resolución y de decisión sobre cuestiones relativas a la Santa Sede; esos proyectos de resolución y de decisión sólo podrán someterse a votación a pedido de un Estado Miembro; 9. Cuando la Santa Sede participe en calidad de Estado no miembro observador, se le asignará un lugar situado inmediatamente después de los Estados Miembros y antes de los otros observadores, y se pondrán a su disposición seis asientos en el Salón de la Asamblea General. Igualmente, señaló que la Santa Sede no tendría derecho a votar ni a presentar candidatos en la Asamblea General. Vid. Anexo a la Resolución 58/314, de 1º de julio de 2004. El texto de la misma fue completado mediante la Nota del Secretario General sobre Participación de la Santa Sede en la labor de las Naciones Unidas, de 16 de agosto de 2004; A/58/871. El texto completo de una y otra puede verse en www.onu.org.

³⁹ Una amplia relación de convenios y tratados de los que forma parte la Santa Sede puede verse en la dirección de Internet www.un.org/es/comun/docs/?path=http://www.holyseemission.org.

⁴⁰ Entre los numerosos acuerdos relativos a la protección de los derechos humanos en los que se produce esta situación se encuentran los convenios sobre *Derechos políticos de la Mujer* (1952) y *Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer* (1979) así como la *Convención sobre los derechos del niño* (1989). JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad des sus acuerdos en España*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 39-51.

⁴¹ RAHMAN A., "Church or state? The Holy See at the United Nations", en *Conscience*. 1999 Summer; 20(2), pp. 2-5; NOLAN, D., "The Catholic Church at the United Nations: Church or State?" en *Catholics for choice. Letters and Op-Eds*, 2001 (21 de febrero); KISSLING, F., *The Vatican at the United Nations: A Cause for Concern en Catholics for choice. Letters and Op-Eds*, 1990s (septiembre 1999); para este último «Why should the Vatican be on a par with countries that have a genuine citizenry, women, men, and children who are directly affected by the health care decisions made at the UN? The Vatican, many believe, has gone too far and concrete examples of what can happen when the separation of church and state is violated have captured the imagination of many. The «See Change» Campaign is an effort whose time has truly come». Estos artículos pueden verse en, www.catholicsforchoice.org (10 de junio 2011).

comportamiento, más allá de los inconvenientes advertidos en su subjetividad, se encuentra la falta de aptitud democrática de la Iglesia católica.

Por si fuera poco, opera como límite al alcance de los derechos reconocidos en los tratados y convenios internacionales la intransigente oposición de la Iglesia católica hacia la supervisión por tribunales u organismos internacionales de las situaciones y relaciones jurídicas en las que de un modo u otro se halla implicada: «*Prima sedes a nemine iudicatur*», «La primera sede no puede ser juzgada por nadie»⁴². Un principio antiguo, tanto como la jerarquización de la Iglesia⁴³. El rancio apego al mismo separa a la institución y quienes la integran de la protección que brindan las instancias internacionales toda vez que su actual vigencia determina que no quepa esperar reclamación jurisdiccional alguna de la Santa Sede o de la Ciudad del Vaticano contra ningún Estado. Sancionado hoy literalmente por el canon 1404 CIC, constituye un rasgo que indudablemente debilita la fortaleza jurídica de los concordatos⁴⁴.

3.2. La naturaleza de tratados internacionales de los acuerdos

En referencia al Derecho histórico, Iung considera el instrumento concordatario un *contrato especial* por el que las partes asumen obligaciones bien determinadas utilizando una forma solemne⁴⁵. Navarro Valls, ha recordado como hasta el siglo XIX se

⁴² Para la Iglesia «es inaceptable la fórmula liberal “la Iglesia libre en el Estado libre”. La Iglesia no está en el Estado, sino que lo trasciende; situar a la Iglesia en el Estado es colocarla en la situación de súbdita. Ya escribió Gregorio VII a la nación alemana que la Iglesia no debía ser vista como *subiecta*, sino como *praelata*: “*Non ultra putet sanctam ecclesiam sibi subiectam ut ancillam, sed praelata et dominam*” (*Registrum*, IV, 3, MGH, *Epist. Select.*, 298)». HERVADA, J., “Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna”, en *Persona y Derecho*, 18 (1988), p. 26.

⁴³ Vid. VACCA, S., *Prima sedes a nemine iudicatur: genesi e sviluppo storico dell'assioma fino al Decreto di Graziano*, Roma, 1993; SCHATZ, K., *El primado del Papa: su historia desde los orígenes hasta nuestros días*, Burgos, 1996, espec. 112 y ss.

⁴⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Los Acuerdos y el principio de igualdad. Comparación con los acuerdos con la Iglesia Católica y situación jurídica de las confesiones sin Acuerdo», en *Acuerdos del Estado español con las Confesiones Religiosas Minoritarias*, Madrid, 1996.

⁴⁵ Vid. IUNG, *El Derecho Público de la Iglesia en sus relaciones con los Estados*, traducción y referencias de Isidoro Martín, Madrid, 1957, pp.165 y ss.

explicó su juridicidad en el privilegio y el acto estatal unilateral para, ya en el siglo XX y sobre bases contractualistas, adquirir relevancia las perspectivas francesa y alemana del «*traité-loi*», «*accord-normatif*» y «*Vereinbarung*»⁴⁶. Con todo, no es ni mucho menos pacífico en época moderna ese reconocimiento de su juridicidad⁴⁷.

En la evolución del instrumento concordatario el Cardenal Ottaviani distinguirá tres períodos sucesivos. El primero es el de los concordatos *de paz*, que permitieron a monarquías e Iglesia poner término a conflictos entre ambos. El segundo, es el de los concordatos *de amistad*, en los que con el ánimo de consolidar en el tiempo su posición ante el otro, conciertan qué asuntos de entre los que componen las materias mixtas han de ser gestionados directa o indirectamente por cada uno de ellos. El tercero, de concordatos *de defensa*, cumple la finalidad de prevenir dificultades que pudieran derivar de la separación del Estado o la enemistad institucional⁴⁸. A esta última categoría corresponden los suscritos por la Sede Apostólica durante los últimos siglos, unos concordatos que dan por

⁴⁶ NAVARRO VALLS, R., “Convergencia concordataria e internacionalista en el «*accord-normatif*». (En torno a la inclusión del concordato en la Teoría General del Derecho Internacional Público)”, en *Ius canonicum*, 5:1 (1965) pp. 143 y ss.

⁴⁷ Como dirá Calvo Espiga: «La internacionalidad del Concordato es negada tanto por canonistas como por civilistas. Por caminos y razonamientos distintos, han llegado a idénticas conclusiones». De un lado: «*Algunos canonistas consideran el concordato como un pacto sui generis ya que, por ser la Iglesia o la Santa Sede superior al Estado, es realizado entre dos partes jurídicamente desiguales, hecho que además supone una vinculación jurídica distinta para ambas partes*». De otro, para los civilistas: «el derecho internacional, al ser un ordenamiento jurídico que regula relaciones entre Estados, es un derecho político territorial, que ordena y regula relaciones entre sujetos jurídico-político-territoriales soberanos, así como todas sus negociaciones y tratados (...). Además, al menos como principio, la observancia del derecho internacional tiene que poder ser exigida por medio de los procedimientos de coacción o fuerza previstos o permitidos por el propio derecho (...)». CALVO ESPIGA, A., “Ámbito de aplicación del ordenamiento eclesial”, en *Scriptorium vic-toriense*, n.º 33, 1986, pp. 352-353.

⁴⁸ Vid. OTTAVIANI, A., *Institutiones iuris Publici Ecclesiastici*, vol. II, *Ecclesia et Status*, Ciudad del Vaticano, 1960, pp. 259-267. Un pormenorizado estudio de esas categorías, tomando como referencia la evolución histórica del modelo de relaciones español, puede verse en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Proceso de secularización y relaciones concordatarias”, en CELADOR ANGÓN, O. (coord.), *Estado y religión: proceso de secularización y laicidad, homenaje a don Fernando de los Ríos*, 2001, pp. 229-262.

concluidos los tiempos en que era factible la exclusividad católica (*tesis*) y, ante el progreso del pensamiento liberal, se hace imprescindible consolidar la posición privilegiada del catolicismo o, en su caso, la igualdad o, al menos, tolerancia, frente a otras ideas o creencias (*hipótesis*). Y ello porque si ante los Estados democráticos el concordato puede tener como fin modalizar para con el catolicismo los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos⁴⁹, en cambio para el derecho canónico este tipo de acuerdo no ha sido nunca considerado necesario o deseable, sino acaso como un mal menor⁵⁰.

Tanto nuestra doctrina como la Iglesia católica tienden a admitir únicamente bajo el término concordato y, consiguientemente, conceder naturaleza de Derecho público externo, a aquellos textos que cumplen ciertos requisitos relativos a: 1) la *bilateralidad*, tienen lugar entre la Santa Sede y un Estado; 2) la *autoridad*, son suscritos por la máxima autoridad de la Iglesia y por la autoridad competente del Estado; 3) la *forma*, asumen la estructura propia de los tratados internacionales, especificando su contenido a lo largo de un texto articulado; 4) la *eficacia jurídica*, adquiriéndola como tales en el ordenamiento interno de los Estados⁵¹.

⁴⁹ «No debe sorprender que la Iglesia reclame al menos los derechos del hombre cuando son desconocidos los derechos de Dios»; OTTAVIANI, A., *Doveri dello Stato cattolico verso la religione*, Roma, 1953, pp. 21-22.

⁵⁰ MARTÍN DE AGAR, J.T., “Teoría concordataria desde el punto de vista del derecho canónico actual”, en *Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Almería 12-14 noviembre 2003*, Granada, 2004, p. 172. Como recuerda Hera: «la expresión “*historia concordatorum, historia malorum Ecclesiae*”, reflejaba la realidad de que (...) la firma de uno de estos acuerdos significaba las más de las veces la conclusión de un período de no inteligencia entre las dos supremas Potestades»; Hera, A. de la, “La autonomía didáctica y científica del Derecho Concordatario”, en *Ius canonicum*, 3:1/2 (1963), p. 10.

⁵¹ BERNARDEZ CANTÓN, A., “Reflexiones sobre la inserción de los concordatos en el Derecho Internacional”, en *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, t. I, Sevilla, 1967, pp. 1-40; CALVO ÁLVAREZ, *Concordato y Acuerdos parciales: política y derecho*, Pamplona 1977, pp. 106 y ss.; CORRAL SALVADOR, C., *La libertad religiosa en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1973, pp. 108-109; GIMÉNEZ-MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J., “Iglesia y Estado en España”, en VV.AA., *La institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, 1971, pp. 3-52; LOMBARDÍA, P., “Fuentes del Derecho eclesiástico español”, en VV.AA. *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, pp. 186-187; PÉREZ MIER, L., *Iglesia y Estado Nuevo. Los Concordatos ante el Moderno Derecho Público*, Madrid, 1940, pp. 57-58. Restando importancia a esos requisitos formales, se

Moreno y Corral, haciendo uso de la que consideran doctrina común de los internacionalistas, concluyen: «dada la riqueza y unidad del actual ordenamiento jurídico internacional (...) es lógico insertar en él los acuerdos concluidos entre los Estados y una iglesia como la Católica que a su carácter transnacional y universal, añade su condición de persona jurídica internacional». Quizá por una cierta inquietud hacia la comunidad de esa doctrina entre los internacionalistas, añaden el recurso al dato formal que acompaña a los acuerdos españoles⁵².

Al margen de cualquier otra consideración, lo más interesante a nuestros efectos es que el Tribunal Constitucional ya zanjó en una de sus primeras sentencias esta polémica, al consignar que, el ordenamiento español les reconoce el carácter de tratados internacionales⁵³.

ha llegado a decir que no podría negarse el carácter internacional a acuerdos menores como el relativo a la aplicación del Impuesto de Sociedades a Entidades Eclesiásticas: «...merece en rigor tal calificación, al haberse firmado por un representante de la Nunciatura y un representante del Estado español, con la autorización del Consejo de Ministros y de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado». ROCA FERNÁNDEZ, M. J., *Naturaleza jurídica de los Convenios Eclesiásticos Menores*, Pamplona, 1993, p. 106, quien cita en contra de su opinión a GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho Eclesiástico español*, Madrid, 1991, p. 110.

⁵² Señalan así que: «precisamente por tener esa categoría, es por lo que los cinco Acuerdos con la Santa Sede tuvieron que observar todos los preceptos de la Constitución al respecto», todo ello «[sin] pasar por alto el Acuerdo de 1976, que también observó todos los trámites entonces exigidos por las Leyes Fundamentales y demás leyes». Aunque no lo citan estos autores, otro tanto cabría decir del Convenio sobre universidades de la Iglesia de 1962. Vid. MORENO BOTELLA, G. y CORRAL SALVADOR, C., “La internacionalidad de los acuerdos con la Santa Sede en la jurisprudencia”, en *RGDCDEE*, n.º 11, mayo 2006, pp. 1 y 2, www.iustel.com. Víctor Reina, no obstante, opone a esto que los Acuerdos de 1979 son el resultado de una negociación «emprendida y desarrollada al margen de un debate parlamentario previo, y desde luego sin la autorización previa de las Cortes Generales que exige la Constitución para concluir tratados de esta trascendencia [94.1 CE](...) no hay justificación para eludir lo prevenido en la Constitución para tales instrumentos jurídicos. Y, sin embargo, se ha eludido (...) pero cautelándose al máximo para no comprometer al Estado más allá de donde hubiera permitido la Constitución»; vid. “El sistema matrimonial español”, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980...*, cit., p. 333.

⁵³ Aunque la primera en pronunciarse en este sentido es la STC 24/1982, de 13 de Mayo, FJ 5, aún más explícitamente, la STC 66/1982, de 12 de noviembre, señalará: «No podemos menos de constatar que este Acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal,

Por tanto, frente a los acuerdos de cooperación vigentes con confesiones minoritarias, su internacionalidad determina que formalmente el estatuto de la mayoritaria resulte inaccesible a las demás confesiones por estar sometido el de éstas al Derecho interno⁵⁴. Lo que no ha de significar necesariamente que tal estatuto resulte más favorable.

3.3. La ubicación de los acuerdos en el sistema de fuentes español

La tercera cuestión que nos planteábamos, su ubicación en el ordenamiento jurídico español, sí ha sido muy debatida en sede doctrinal, al proponerse por algunos autores la superioridad de los concordatos frente a las leyes orgánicas y la propia Constitución.

Lombardía, encuentra que su precedencia temporal, su encaje en el artículo 96 de la Constitución y, más aún, la consideración de los Acuerdos como «*piezas del proceso de reforma*» iniciado a la muerte del dictador Franco, permiten afirmar que, en caso de conflicto, los Acuerdos con la Iglesia católica no estarán limitados por la LOLR⁵⁵. Prieto Sanchís señalará la internacionalidad de los acuerdos y la mención explícita del 16.3 CE como elementos jurídicos determinantes de un reconocimiento diferenciado de la Iglesia católica frente a las demás confesiones y razón de ser de un Derecho eclesiástico

se inserta en la clasificación del art. 94 de la Constitución Española, sin que, respecto a él se haya, institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al art. 95 de la misma y, una vez publicado oficialmente el tratado, forma parte del ordenamiento interno» (FJ 5). Es doctrina reiterada que encontramos expuesta en otras sentencias, como la STC 155/1997, de 29 de septiembre, FFJJ 2 y 3 187/1991, de 3 de octubre, FFJJ 1 y 3.

⁵⁴ Leyes 24, 25 y 26, de 10 de noviembre de 1992, que aprueban, respectivamente, los acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España (BOE del 12). Otra cosa es que las meras relaciones diplomáticas «*como muestran los ejemplos de Gran Bretaña, Holanda, otros países protestantes, ortodoxos o islámicos, no constituyan privilegio hacia una o discriminación contra las otras*»; KUNZ, J.L., *The status of the Holy See...*, cit., p. 314.

⁵⁵ LOMBARDÍA, P., “Entes eclesiásticos en España”, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión...*, cit., pp. 236 a 238 y 265. Próxima a esta posición se sitúa CIÁURRIZ, M.^a J., *La libertad religiosa en el Derecho español. (La ley orgánica de libertad religiosa)*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 95-99.

especial, sujeto a la Constitución pero al margen de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁵⁶.

Se apunta desde ahí una línea que lleva a todo un sector de la doctrina eclesiasticista española a mantener que corresponde a los concordatos un lugar privilegiado en el sistema de fuentes, en tanto que «*actos bilaterales y paritarios*» para, acudiendo a Santi Romano, argumentar que no cabe hablar de superioridad jerárquica de la Constitución pues en caso de dificultad en la armonización de los Acuerdos con la Constitución, habría de acudirse en primer lugar a la bilateralidad y paridad para resolverla⁵⁷.

Destaca en estas posiciones el intento de remachar, por una parte, el carácter internacional a los acuerdos con la Iglesia que, supuestamente, la permite servir mejor a los derechos fundamentales, así como, de otra, las tesis de la sociedad jurídica perfecta o de los ordenamientos jurídicos primarios y, por estas vías, una confesionalidad que terminan por justificar motivos históricos y sociológicos y con ella un trato discriminatorio frente a cualquier otro culto⁵⁸. En buena

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *El Derecho eclesiástico de la década constitucional*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 66. Octubre-Diciembre 1989, p. 105.

⁵⁷ LOMBARDÍA, P., “Fuentes del Derecho Eclesiástico español”, en AA. VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, pp. 175 y ss.; CALVO ÁLVAREZ, J., *Concordato y Acuerdos parciales: Política y Derecho*, Pamplona, 1977, p. 109; sobre estas ideas puede verse del mismo autor: “Los principios de paridad y reconocimiento en las relaciones de la Iglesia *ad extra*”, en *Ius Canonicum*, 1971, julio-diciembre, pp. 387 y ss.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “Tratamiento civil del matrimonio canónico en la legislación y la jurisprudencia a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979”, en VV.AA., *Acuerdos Iglesia Estado español en el último decenio, su desarrollo y perspectivas*, Barcelona, 1987, pp. 109 y siguiente; NAVARRO VALLS, R., “Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español”, en VV.AA., *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, Ius Canonicum*, vol. XIX, n.º 37, enero-junio, 1979, p. 115; GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., “La enseñanza en el Acuerdo de 3 de enero de 1979”, en VV.AA., *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado...*, *ibid.*, pp. 245 y 252. Para una adecuada contextualización del pensamiento de Santi Romano, CASSESE, S., “Lo Stato, “stupenda creazione del Diritto” e “vero principio di vita”, nei primi anni della Rivista di Diritto Pubblico (1909-1911)”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987). *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 506-508, así como “Ipotesi sulla formazione de “l’ordinamento giuridico” di Santi Romano”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1972), espec. pp. 246 y ss.

⁵⁸ Sobre la idea de los Acuerdos con la Iglesia como «*paradigma extensivo*» en las relaciones con las demás comunidades religiosas, VILADRICH, P.J., “Principios

medida, los argumentos son reflejo de los utilizados por la doctrina italiana desde la década de los cincuenta, cuando quedaron evidenciadas las dificultades para armonizar Constitución republicana y Concordato lateranense⁵⁹. Desconocen estos autores, por lo demás, las notables diferencias entre los ordenamientos español e italiano⁶⁰ y ponen de relieve su desconfianza hacia la realidad sociopolítica española y el ordenamiento democrático⁶¹.

informadores del Derecho eclesiástico español”, en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona, 1983, pp. 234-235.

⁵⁹ La defensa de estos postulados en Italia puede verse, entre otros, en CIPROTTI, P., “La posizione internazionale della Santa Sede alla luce dei recenti documenti editi et inediti”, en *Scritti scelti, I, Diritto ecclesiastico (ristampe)*, Comerino, 1991, pp. 257-273, así como *Appunti per lo studio comparativo del Concordato*, en VV.AA., *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Milán, 1987, pp. 477-507; CATALANO, G., *Problematica giuridica dei concordati*, Milán, 1963, pp. 161-166; D’AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, Milán, 1978, pp. 192 y ss.; GISMONDI, P., “Esigenze di armonizzazione costituzionale nei rapporti tra Chiesa e Stato”, en VV.AA., *La revisione del Concordato alla prova*, Bolonia, 1977, pp. 43 y ss.; BACCARI, R., *Gli strumenti giuridici della Costituzione per l’esercizio concreto della libertà religiosa*, y DAMMACCO, G., “La libertà religiosa nel sistema concordatario stabilito dalla Costituzione”, ambos en COPPOLA, R. (a cura di), *Gli strumenti costituzionali per l’esercizio della libertà religiosa. Concordato per la Chiesa e intese per le confessioni acattoliche*, Milán, 1982, pp. 3-14 y 15-40, respectivamente.

⁶⁰ Téngase en cuenta, por ejemplo, que la Constitución italiana llega a considerar a los concordatos y acuerdos con otras confesiones fuentes atípicas; así, PIZZORUSSO recuerda: «Una posición particular, intermedia entre la que es propia de las fuentes constitucionales y la de las fuentes primarias, es la que ocupan las fuentes que la doctrina ha calificado como “atípicas” y que son aquellas cuya fuerza «activa» (en virtud de la cual pueden modificar el ordenamiento preexistente) difiere de su fuerza «pasiva» (en virtud de la cual son resistentes a las modificaciones o a la derogación)... El más famoso ejemplo de fuente atípica es el que ofrece el artículo 7, párrafo 2.º, de la Constitución, que atribuye eficacia legislativa ordinaria a las normas de los pactos lateranenses, pero no permite su revisión si no es por medio de un nuevo acuerdo con la Santa Sede o bien a través de la revisión constitucional. Un mecanismo semejante se establece también en el artículo 8, párrafo 3.º, en virtud del cual las relaciones del Estado con las confesiones distintas de la católica “son reguladas por ley sobre la base de acuerdos con sus relativos representantes”». Vid. “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, Mayo/Agosto 1989, pp. 306-307.

⁶¹ Una muestra del ambiente y la contrariedad entre una parte de la eclesiástica española ante la recién estrenada Constitución puede extraerse de la siguiente apreciación de Hervada: «en una sociedad minoritariamente laica o no socialmente laica, es claro que el Estado sólo será laico por una vía no democrática, pues es evidente que, en tal supuesto, no habría correlación ideológica entre Estado y sociedad, que es lo esencial de la democracia; luego la laicidad habrá debido de imponer-

Yendo más allá, autores como Echeverría o González Casanova, afirman que los Acuerdos con la Iglesia católica están incluidos entre los referidos en el artículo 10.2 de la Constitución española. Determinan, por ello, los cauces interpretativos de la legislación atinente a la libertad religiosa y servirán para matizar cualquier posible ambigüedad constitucional concerniente a la libertad religiosa de los católicos; más aún, por aplicación del principio de igualdad, que impide cualquier discriminación entre estos y los no católicos, y entre la Iglesia católica y las demás confesiones, los Acuerdos con la Iglesia habrán de terminar aplicándose analógicamente, *mutatis mutandis*, al resto⁶².

Frente a las anteriores consideraciones, la coherencia del sistema apunta, como destaca Fernández-Coronado, a que si por analogía la tramitación y aprobación de los Acuerdos suscritos por España con la Santa Sede fue igual a la del resto de tratados internacionales, «*también por analogía, su ubicación en la jerarquía normativa será la propia de los Tratados Internacionales*», aún cuando el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 —Convenio del que forma parte, dicho sea de paso, la Santa Sede⁶³— no incluye los Concordatos entre aquéllos⁶⁴.

se por una vía no democrática (oligárquica: por una oligarquía intelectual». HERVADA, J., “La libertad de enseñanza: principio básico en una sociedad democrática”, en VV.AA., *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado...*, cit., p. 236.

⁶² Vid. ECHEVERRÍA, L. de, “La nueva Constitución ante el hecho religioso”, en VV.AA., *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, p. 59; más aún, continuando el argumento, los Acuerdos con la Iglesia católica son «...pauta interpretativa de cualquier norma de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas» y «...nunca cabrá una interpretación de lo estipulado en los Acuerdos que suponga discriminación para las restantes confesiones ni disminución de las libertades de los ciudadanos»; vid. GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., “La Constitución española de 1978 y los Acuerdos con la Santa Sede”, en VV.AA. *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Barcelona, 1980, pp. 111 y 119. Coincide en parte MOTILLA DE LA CALLE, A., *Los Acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho español*, Barcelona, 1985, pp. 55, 227 y 317-318.

⁶³ Suscrito por ella el 30 de septiembre de 1969 y ratificado el 25 de febrero de 1977, entró en vigor el 27 de enero de 1980, conforme a lo dispuesto en su artículo 84, apartado primero.

⁶⁴ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., voz *Acuerdo con las confesiones religiosas*, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I, Madrid, 1994, p. 216.

Si difícil es ir más allá de la analogía en la consideración internacional de los acuerdos con la Iglesia vigentes⁶⁵, imposible se antoja definirlos como tratados en materia de derechos humanos de los del artículo 10.2 de la Constitución española o atribuirles en atención a su naturaleza funciones integradoras del sistema de libertad religiosa. En primer lugar, porque sus contenidos son en algunos casos esencialmente institucionalistas y del todo ajenos a los derechos y libertades individuales. En segundo lugar, porque el artículo 10.2 no está pensando en un tratado bilateral sino en los tratados que son fuente de Derecho internacional y no en un negocio inter partes⁶⁶. En tercer lugar, porque el recurso a dichos tratados procede únicamente en orden a resolver cualquier ambigüedad o duda acerca de la relaciones entre sí de cada uno de los derechos fundamentales⁶⁷, concretar los enunciados de la Constitución en la materia y, especialmente, precisar los límites de conceptos jurídicos indeterminados⁶⁸, la titularidad de los derechos⁶⁹ y su contenido cuantitativo y cualitativo⁷⁰; la función de dichos tratados es, en resumen, interpretativa; ni supletoria ni integrativa⁷¹.

Como argumenta Llamazares Fernández, no es aceptable que los Acuerdos con la Iglesia católica puedan sobreponerse en el sistema de fuentes español ni a la legislación orgánica ni, mucho menos, a la Constitución⁷². No es aceptable porque, entre otras razones que ha

⁶⁵ No comparten esta dificultad numerosos autores, véanse, por todos, MORENO BOTELLA, G., y CORRAL SALVADOR, C., "La internacionalidad de los acuerdos con la Santa Sede en la Jurisprudencia", en *RGDCDEE*, n. 11, mayo 2006, *iustel.com*.

⁶⁶ Véase, a este respecto, la clásica definición de concordato en D'AVACK, P.A., voz *Concordato ecclesiastico*, en *Enciclopedia de Diritto*, vol. VIII, p. 441 o, en sentido similar, las recogidas por CARDIA, C., *La riforma del Concordato*, Turín, 1980, pp. 19 y ss.

⁶⁷ STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁶⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre.

⁶⁹ V.g., del derecho a la vida, como hace la STC 53/1985, de 11 de abril, del derecho a la tutela judicial efectiva, como hace la STC 99/1985, de 30 de septiembre.

⁷⁰ STC 39/1986, de 31 de marzo.

⁷¹ Nos adherimos a la opinión de LLAMAZARES FERNÁNDEZ expuesta en *Derecho de la Libertad de Conciencia, t. I, 2002...*, cit., pp. 333-334. Una amplia y pormenorizada explicación de la jurisprudencia constitucional al respecto puede verse en MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2006, pp. 170-184.

⁷² Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración Pública (Comentario a la STC 38/2007,

recordado el Tribunal Constitucional, la reforma deviene inexcusable para la celebración de un Tratado que contenga cláusulas contrarias a la Norma Fundamental⁷³ y la propia consideración conjunta de los artículos. 27.2 c), 29.1 y 25.1 LOTC permite concluir que los tratados internacionales pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad tanto en vía de recurso de amparo como a través de cuestión de constitucionalidad⁷⁴.

Por mi parte, entiendo que la tesis de la asimilación por analogía al tratado internacional es la más adecuada, más cuando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se manifiestan en aquél sentido. Estamos, pues, también bajo mi punto de vista, ante una fuente de Derecho integrada en nuestro ordenamiento jurídico por analogía con aquellos tratados, que participa plenamente del principio de unidad normativa y de los criterios para resolver las antinomias que puedan producirse dentro del sistema, particularmente, el cronológico, el jerárquico (constitucionalidad y legalidad), el de la especialidad (temporal, espacial, personal o material) y el de la competencia. Son sujetos de los acuerdos el Estado español y la Santa Sede y, por analogía, en su incorporación al ordenamiento jurídico español siguen el procedimiento previsto para los tratados internacionales: son firmados por el Jefe del Estado (artículo 63.2) y autorizados y ratificados por las Cortes (artículo 94 CE) que sólo pueden admitirlo o rechazarlo en su totalidad (144, Reglamento del Senado; 156.2, Reglamento del Congreso), en su ejecución, interpretación y modificación rige el principio de bilateralidad y su extinción tiene lugar de acuerdo con las reglas del Derecho internacional⁷⁵.

3.4. El fundamento de la cooperación pacticia

Respecto a la cuarta cuestión formulada en sede doctrinal, la que toca al fundamento de la cooperación con la Iglesia católica, se ponen

de 15 de febrero)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80, mayo-agosto (2007), pp. 270-271, así como GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo...*, cit., pp. 123 y 128 y ss.

⁷³ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21.

⁷⁴ STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007, FJ 3.

⁷⁵ Para una indicación pormenorizada de todo ello, véase LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de conciencia*, t. I, 2002..., cit., pp. 353-356.

de manifiesto desde los inicios de la democracia actual dos perspectivas radicalmente opuestas sobre la interpretación de los dos incisos del artículo 16, apartado tercero, y su relación con otros preceptos, como el artículo 14, el 10, apartado primero, el 9, apartado segundo, o el 1, apartado primero. Los planteamientos ligados a una de esas orientaciones, terminan por asegurar siempre la conservación de un tratamiento jurídico preferencial para la Iglesia católica; los que resultan de la otra, rechazan cualquier diferencia que no esté directamente justificada por la realización en términos de igualdad del derecho fundamental individual a la libertad de conciencia. Destacaré a continuación algunas de las explicaciones aportadas al efecto en uno y otro sentido⁷⁶.

Congruentemente con su percepción acerca de la naturaleza jurídica y alcance de los Acuerdos, González Casanova desarrolla una lectura del artículo 16 en función de la cual el Estado español acepta el carácter de sociedad perfecta de la Iglesia junto a los derechos y obligaciones institucionales asumidos ante sus fieles y sobre uno y otro pilar hace descansar la ineludible colaboración en cada una de las zonas de confluencia normativa, sin que a la misma quepa oponer más límites que el orden público, el derecho de las demás instituciones confesionales a un tratamiento jurídico igualitario y el derecho individual de los creyentes a la libertad religiosa, a una libertad religiosa que puede llegar a presentarse en términos muy restrictivos toda vez que se concibe tamizada por los derechos de libertad propios de cada comunidad⁷⁷. Esa es la conclusión que alcanza Martínez

⁷⁶ Un compendio detallado de las distintas posiciones doctrinales puede verse en MORENO ANTÓN, M.^a, *El principio de igualdad en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, Universidad Pontificia de Salamanca, 1989, especialmente en las pp. 36 a 54 y 75 a 92 o, una visión sintetizadora pero más actual, en MESEGUER VELASCO, S., *El sistema de financiación de la Iglesia católica a través de las exenciones fiscales*, Madrid, 2000, pp. 38 y ss.

⁷⁷ GONZÁLEZ CASANOVA, *La Constitución española de 1978 y los Acuerdos...*, cit., pp. 112-113. GONZÁLEZ CASANOVA es contestado por LOMBARDÍA en el mismo simposio barcelonés con argumentos aún hoy perfectamente válidos; *vid.* «Discusiones a la Primera Ponencia», en *Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión...*, cit., pp. 126 y 127. Con todo, el «mito» de la obligatoriedad del pacto y de las «cuestiones mixtas» pervive en la doctrina española y lo encontramos en tiempos recientes, por ejemplo, en MARTÍNEZ BLANCO quien califica la educación de «*fundamental materia mixta*» en *La enseñanza de la religión en los centros docentes. A la luz de la Constitución y del Acuerdo con la Santa Sede*, Murcia, 1994, pp. 106 y 212-213; también, quizá amortiguado, en BUENO SALINAS, S., *Los acuerdos entre la*

Sistach situando el fundamento de la colaboración en el artículo 10, apartado primero, de la Constitución, precepto que al situar la dignidad de la persona en el centro del ordenamiento jurídico convertiría la cooperación en un «puente de inteligencia de las dos comunidades, política y religiosa» que, a la luz del artículo 16, apartado tercero, conllevaría «un trato específico del factor religioso, que [tuviera] presente sus características reales y diferenciales, como son el arraigo, importancia, tradición, extensión, etc.»⁷⁸. Sigue en esto la senda señalada por Viladrich, para quien el punto de partida de la Iglesia es tan distinto al de las otras confesiones que no cabe tachar las peculiaridades dispuestas en su favor de discriminatorias, siempre que no se niegue a las demás la posibilidad de alcanzar el mismo nivel de beneficios si cuentan con condiciones de hecho y de Derecho similares⁷⁹. Como se ve, esta perspectiva termina por proponer una confesionalidad entre sociológica y doctrinal intolerable en un Estado laico y plural.

Frente a éstas creo más apropiadas las argumentaciones que rechazan cualquier diferencia que no esté directamente justificada por la realización en términos de igualdad del derecho fundamental individual a la libertad de conciencia⁸⁰. Como he venido exponiendo, la

Santa Sede y el Estado español a los 25 años de su vigencia..., cit., p. 5; CORRAL SALVADOR; C., y REVUELTA, M., *La instauración de la aconfesionalidad en la Constitución de 1978...*, cit., p. 36; o LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “La consideración de las creencias religiosas por los poderes públicos: la referencia del artículo 16.3 de la Constitución”, en RGDCDEE, n.º 8, junio 2005, *iustel.com*.

⁷⁸ Vid. «Principios informadores de las relaciones Iglesia-Estado», en *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio...*, cit., pp. 40 y 41.

⁷⁹ Y en el régimen vigente: «...de otro tanto [reconocimiento] pueden gozar el resto de confesiones genéricamente aludidas en la Constitución si poseen similar arraigo sociológico»; véase VILADRICH, J.P., *Principios informadores...*, cit., pp. 230 y 235. Véase, también, MARTÍNEZ SISTACH, Ll., *Principios informadores de las relaciones Iglesia-Estado...*, cit., pp. 36-37 y 41 o, en el mismo sentido, FORNÉS, J., “La revisión concordataria en España mediante los Acuerdos de 1976 y 1979”, en VV.AA., *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español...*, cit., p. 33, sobre lo que vuelve FORNÉS en “El Concordato de 1953 y los Acuerdos de 1976 y 1979 (principios informadores comunes, conexiones internas y unidad sistemática de los Acuerdos)”, en VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J.M. (ed.), *Los concordatos: Pasado y futuro. Actas del Simposio Internacional de Derecho Concordatario...*, cit., pp. 364-369.

⁸⁰ IBÁN PÉREZ, I.C., “Grupos confesionales atípicos en el Derecho español vigente”, en VV.AA., *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, 1983, p. 299 y ss.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Actitud de la España democrática ante la Iglesia”, en IBÁN PÉREZ, I.C. (coord.),

cooperación, en general, y mediante acuerdos, en particular, ha de ser instrumento al servicio de los derechos fundamentales individuales, derechos que son además concreción de una serie de valores o principios superiores que, muy probablemente, podrían sintetizarse solamente en dos, la libertad y la igualdad⁸¹. Y ello porque no puede concebirse el respeto y la promoción del derecho de libertad religiosa desligados del respeto y promoción del derecho fundamental de todos los ciudadanos a ser igualmente libres para tener unas u otras convicciones, lo que en absoluto implica una plena uniformidad entre todas ellas sino igual protección en lo común y distinción en lo peculiar, siempre desde la perspectiva de las distintas exigencias de unas y otras para sus detentadores⁸².

4. CONSIDERACIONES FINALES

La laicidad o, si se prefiere, el igual respeto y promoción de la libertad de conciencia, es el fundamento de la cooperación del Estado con los grupos ideológicos y, congruentemente, también con los religiosos. El instrumento para alcanzarlo es la elaboración de un derecho especial mediante el cual se reconocen las peculiaridades de cada una de las creencias en aquello que no menoscabe los principios fundamentales del Estado⁸³.

*Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos. Experiencia española e italiana, Jerez, 4 al 8 de octubre de 1985, Madrid, 1985, p. 191 y ss.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., y SUÁREZ PERTIERRA, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española...*, cit., p. 34; SORIANO, R., "Del pluralismo confesional al pluralismo religioso íntegro: los límites al principio de igualdad religiosa", en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 7, 1986, pp. 137 y ss.*

⁸¹ Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G., *Derechos y libertades fundamentales. Comentario introductorio al Capítulo II...*, cit., p. 269. También DE ESTEBAN, J., GARCÍA MORILLO, J., LÓPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMPES, P., *El régimen constitucional español, tomo I*, Barcelona, 1980, pp. 51-52; PECES BARBA, G., "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 2, 1980, pp. 39 y ss.

⁸² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos...*, cit., p. 43.

⁸³ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., "Objeción de conciencia y descanso semanal", en *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Valencia, 1993, Madrid, 1996, pp. 217-218.*

En relación a la Iglesia católica —como en relación a las minorías protestante, musulmana y judía— el legislador español ha optado por la vía pacticia para dar solución a una parte de los problemas que se plantean en el ejercicio de la libertad religiosa a los respectivos creyentes. Esta opción aproxima a España en cierta medida a Italia. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en este último país, la cooperación mediante acuerdos constituye tan solo uno de los innumerables cauces posibles para la participación en la vida política de los grupos religiosos.

En el Derecho español, como es sabido, esa vía pacticia ha seguido dos modalidades diferentes. Una, ubicada en el ámbito del Derecho Internacional, accesible solo para la Iglesia católica; otra, cuyo corolario son muy diversas normas de Derecho interno, abierta tanto a la Iglesia católica como a la generalidad de religiones e ideologías⁸⁴.

A priori, la cooperación mediante acuerdos internacionales lleva a pensar en una mejor situación del catolicismo y de la libertad religiosa de los católicos pero lo cierto es que no han servido para promocionar conforme al artículo 16, apartado tercero, de la

⁸⁴ Que comprende una cada vez más amplia cooperación con las autonomías; es el caso de Cataluña, donde se han suscrito acuerdos con la Conferencia Episcopal Tarraconense (en representación de la Iglesia católica en Cataluña); Consell Evangèlic de Catalunya; Consell Islàmic Cultural de Catalunya; Comunitat Israelita de Barcelona (en representación de las Comunidades Judías de Cataluña); Església Ortodoxa Espanyola (en representación de las iglesias ortodoxas de los Patriarcados de Serbia y Rumanía); Associació Cultural Cristiana de Catalunya Àgape (en representación de las comunidades protestantes de étnia gitana); Coordinadora Catalana d'Entitats Budistes; Comunidad Baha'i de Barcelona (en representación de las comunidades Baha'i de Cataluña); Fundació Ferrer i Guardia (en representación de la Liga per la Laïcitat). Estos acuerdos constan de una parte común, relativa al reconocimiento de los derechos de libertad y del valor de la laicidad así como a la colaboración en tareas de mediación cuando resulte necesaria para la convivencia, y una parte específica, centrada en la promoción de la lengua catalana, la atención a minorías, colectivos inmigrantes y población con riesgo de exclusión social, actividades a favor de los derechos humanos, fomento de la cultura de la paz, respeto de la mujer y sus derechos. Véase DEPARTAMENT DE LA VICEPRESIDENCIA-GENERALITAT DE CATALUNYA, *Balanç d'actuacions 2007-2008*, en www.gencat.cat, julio 2011. La actual distribución de competencias entre Estado central y autonómico y el modo tan distinto de ejercerlas, hace pensar en el riesgo de discriminación que puede darse en relación al ejercicio de aspectos esenciales de los derechos fundamentales, como ocurre en algunos estados federales, vid. CELADOR ANGÓN, O., "Los derechos y libertades de los inmigrantes en el modelo estadounidense. a propósito de la *Arizona Immigration Law SB 1070*", en *Derechos y libertades*, n.º 24, Época II, enero 2011, pp. 150-153.

Constitución los derechos de libertad de los creyentes más allá de lo que prevé la normativa unilateral. No ha sido este último el objetivo fundamental sino, acaso, la defensa de la posición institucional eclesiástica⁸⁵. Basta recordar el contenido de algunos de los acuerdos vigentes (abolición de privilegios, asuntos económicos, asuntos jurídicos, enseñanza de la religión católica...) para advertir su escasa coherencia con el mandato de cooperación constitucional⁸⁶.

Por si fuera poco, la especificidad de los acuerdos internacionales otorga a la Santa Sede un iter privilegiado para la intervención en la labor normativa del Estado que pone en riesgo la misma idea de soberanía, tan consustancial a la de laicidad.

Es el modelo de relaciones, en suma, el que está en juego. Cooperación para la neutralidad o cooperación para la utilidad. Aún hoy son éstos los términos del debate. Por eso, frente al modelo de acuerdos actual sería mucho más adecuado otro que ahondando exclusivamente en las fórmulas participativas previstas por los ordenamientos democráticos señalara al individuo y sus derechos fundamentales como únicos protagonistas.

⁸⁵ Seguramente porque la Iglesia sigue hoy desconfiando de sus fieles, como aún en el siglo XIX denunciaba Castelar: «el Sr. Manterola no tenía razón, absolutamente ninguna razón, al exigir, en nombre del catolicismo, en nombre del cristianismo, en nombre de una idea moral, en nombre de una idea religiosa, fuerza coercitiva, apoyo coercitivo al Estado. Esto sería un gran retroceso, porque, señores, o creemos en la religión porque así nos lo dicta nuestra conciencia, o no creemos en la religión porque también la conciencia nos lo dicta así. Si creemos en la religión porque nos lo dicta nuestra conciencia, es inútil, completamente inútil, la protección del Estado; si no creemos en la religión porque nuestra conciencia nos lo dicta, en vano es que el Estado nos imponga la creencia; no llegará hasta el fondo de nuestro ser, no llegará al fondo de nuestro espíritu: y como la religión, después de todo, no es tanto una relación social como una relación del hombre con Dios, podréis engañar con la religión impuesta por el Estado a los demás hombres, pero no engañaréis jamás a Dios, a Dios, que escudriña con su mirada el abismo de la conciencia». CASTELAR, E., *Discurso sobre la libertad religiosa y la separación entre la Iglesia y el Estado*, de 12 de abril de 1869; Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. A esta desconfianza nos hemos referido en “Laicos y corresponsabilidad en el sostenimiento de la Iglesia católica en España”, en VV.AA., *Os leigos e a corresponsabilidade na Igreja, Lusitania canónica*, n. 15, 2009.

⁸⁶ Un amplio análisis puede verse en PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos vigentes con la Iglesia católica*, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n.º 5, vol. I, pp. 317-352.

**SEGUNDA PARTE:
COMUNICACIONES**

EL INDIVIDUO COMO TITULAR DE LA LIBERTAD RELIGIOSA: APROXIMACIÓN A UN PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA

FERNANDO ARLETTAZ

*Investigador FPU, Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de
Zaragoza¹
arlettaz@unizar.es*

SUMARIO:—1. Introducción: la libertad religiosa, derecho liberal e individual.—2. La cuestión del sujeto titular: universalismo vs. diferencia.—3. Breve conclusión.—4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD RELIGIOSA, DERECHO LIBERAL E INDIVIDUAL

Luego de las guerras de religión que asolaron Europa en los siglos XVI-XVII, tuvo lugar una sucesión de compromisos políticos (como los Tratados de Aubsburgo y de Westphalia) que calmaron las tensiones religiosas por medio de arreglos territoriales y cierta aceptación recíproca de parte de las facciones en pugna. Siguieron entonces, al interior de cada uno de los grupos enfrentados, actos de tolerancia para aquellos que, como consecuencia de la mayor o menor expansión de los movimientos reformistas y de las soluciones territoriales acordadas, se veían en posición minoritaria en un determinado grupo.

Sólo más tarde, con el auge del pensamiento liberal y su consagración político-jurídica, se produjo el pasaje de esa situación de tolerancia pragmática del disidente religioso a la libertad religiosa en el sentido de un derecho fundamental². Bajo el régimen de la libertad

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto Consolider Ingenio 2010 *El Tiempo de los Derechos* (CSD 2008-0007).

² Para un análisis histórico sobre la aparición del concepto de libertad religiosa véase CELADOR ANGÓN, O., “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; ASÍS ROIG, R. DE, *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2001, tomo II, volumen II. Para una

religiosa se concibe a las creencias religiosas como una opción privada de los ciudadanos, y se admite que la autoridad política no está legitimada para imponer una verdad religiosa a quienes se encuentran situados bajo su potestad. Así vista, la libertad religiosa es una consecuencia, al tiempo que la consagración jurídica, de la secularización propia de las sociedades modernas, en tanto característica que se extiende al cuerpo político.

Para el padre del liberalismo político, J. Locke, al acordar el contrato social, los hombres no ceden a la colectividad las decisiones en materia de fe, ya que resulta imposible, aunque se lo quiera, regular la propia fe por preceptos ajenos. Además, si existe un único camino a la salvación, no hay ninguna garantía de que la sumisión a la decisión del príncipe respecto de cuál es la verdadera religión permita alcanzar ese camino. Locke reconoce así que la actividad del poder civil sólo puede dirigirse a la protección de ciertos bienes considerados valiosos, esto es, a evitar el daño a terceros. Las cuestiones del culto (aun cuando se manifiesten externamente) no entran dentro de la potestad del legislador³.

La distinción entre lo público y lo privado es un elemento fundamental en el nacimiento de la libertad religiosa. Ésta es la distinción entre lo propio de cada individuo y lo común que hace a los individuos parte en un haz de relaciones, deberes y derechos, en los que pueden vivir su propia individualidad. Cada uno de los ámbitos tiene su propia racionalidad: justicia, neutralidad y homogeneización formal son las características de lo público. Concepciones del bien, sentido de la felicidad y aspiraciones finalistas de la vida son las características de lo privado. Sin embargo, ambos campos están íntimamente implicados: en la perspectiva moderna, lo público adquiere sentido por y para lo privado, lo público debe permitir que los individuos vivan una vida libre de amenazas de otros individuos y del poder organizado; inversamente, son estos individuos (ahora como ciudadanos) los que sos-

síntesis de la evolución histórica de la libertad religiosa véase Ishay, Micheline R.: *The History of Human Rights*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres, 2008.

³ LOCKE, J. (1690): *Concerning Civil Government. Second Essay: an Essay concerning the True Original Extend and the End of Civil Government*, The Pennsylvania State University, Electronic Classic Series, 1998. LOCKE, J. (1689): *A Letter concerning Toleration*, The Pennsylvania State University, Electronic Classic Series, 1998.

tienen y reproducen diariamente la dimensión pública de la vida social moderna⁴.

Desde un punto de vista jurídico, la libertad religiosa moderna es un derecho negativo (en el sentido que exige abstención de coacción por parte del Estado y de terceros, pero no necesariamente prestaciones positivas de parte de ellos) y absoluto (o sea, invocable *erga omnes*). Es además, en su formulación dieciochesca, un derecho estrictamente individual y reconocido en forma universal. La negatividad y la individualidad son características de las primeras formulaciones del derecho, por otra parte comunes a la generalidad de los derechos reconocidos por el Estado liberal⁵.

El hecho de que la teoría política liberal conciba la libertad religiosa como un derecho individual no quiere decir que desconozca la dimensión social implícita en la práctica religiosa, sino simplemente que, a efectos jurídicos, estipula que los grupos religiosos son conglomerados de individuos reunidos bajo la forma asociativa. El clásico del pensamiento liberal que ya hemos citado, J. Locke, considera a las iglesias como sociedades voluntarias de hombres, unidos por acuerdo mutuo, con el fin de rendir culto público a Dios. Si en la formación del contrato social los hombres renuncian a ciertos derechos naturales a favor de la voluntad de la mayoría, al formar una iglesia, en cambio, los hombres no renuncian a ningún derecho natural. Por ende, la iglesia no tiene más poder sobre sus miembros que los de cualquier otra asociación. La máxima sanción que puede aplicar es la expulsión, que en el caso de las iglesias asume la forma de excomunión. Si una iglesia tiene este poder limitado sobre sus miembros, mucho menos tendrá entonces una iglesia poder sobre las demás⁶.

De este modo, los grupos religiosos no tienen ninguna potestad en cuanto tales, es decir, en tanto que grupos religiosos. Tienen las potestades que sus miembros han acordado otorgarles por medio del

⁴ DEL ÁGUILA M., L., "Formas de la libertad, reconocimiento e igualdad: el seguimiento a una aporía comunitarista", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 30, 2007, pp. 36-37.

⁵ Por la brevedad de este trabajo y el objetivo concreto que persigue, eludimos pronunciarnos sobre la cuestión harto compleja de la delimitación del ámbito propio de la libertad religiosa, y de su relación con otros derechos próximos como la libertad ideológica, de conciencia o de pensamiento.

⁶ Véase nota 3.

contrato de asociación que les ha dado origen, de modo que el ejercicio de las facultades de los grupos sobre sus propios miembros presupone el consentimiento previo de éstos. Por ello, y hacia el interior de los grupos religiosos, lo que se exige desde la tradición liberal es que se mantenga en todo momento la libertad del individuo para abandonar la asociación, y que todas las limitaciones que ésta le imponga sean voluntariamente consentidas. Pero no se exige que los grupos estén internamente organizados conforme a los principios liberales, y por ello las coacciones al individuo por parte de la comunidad no son necesariamente ilegítimas desde una perspectiva liberal, siempre que hayan sido voluntariamente consentidas⁷.

Los tratados internacionales de derechos humanos hoy existentes son tributarios de este modo de concebir la libertad religiosa. Diferentes instrumentos internacionales establecen la libertad religiosa de *toda persona*⁸, reconociendo así derechos individuales. Este derecho individual puede ejercerse individualmente o en grupo, pero es siempre un derecho del individuo. Reconocer una titularidad colectiva del derecho implicaría aceptar que una comunidad en tanto que grupo tiene derechos propios, distintos de los derechos de los individuos que la componen e independientes de la voluntad de éstos. Sin embargo, no es ésta la situación vigente en el derecho internacional de los derechos humanos.

2. LA CUESTIÓN DEL SUJETO TITULAR: UNIVERSALISMO VS. DIFERENCIA

Hemos dicho que la libertad religiosa nació como derecho individual, y que hoy es internacionalmente reconocida de ese modo. Sin embargo, algunas corrientes teóricas propician una ampliación del concepto que permita incluir en él también derechos colectivos, es decir, derechos de los grupos en cuanto tales. Dado que el objeto de esta comunicación es el derecho en su dimensión individual, no ana-

⁷ POURTOIS, H. *La société libérale face au défi du pluralisme culturel*, en *Revue philosophique de Louvain*, n.º 98-1, 2000, pp. 9-10.

⁸ Artículo 18 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo III Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículo 9 Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 10 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

lizaremos este tema. Abordaremos un tema conexo, el de los derechos diferenciados, es decir, los derechos del individuo en razón de la pertenencia a un grupo.

Es importante en este punto recurrir a una precisión terminológica. Hay que distinguir la clase de los derechos colectivos de la clase de los derechos diferenciados. Los primeros son aquellos que se reconocen como de titularidad de los grupos, y se oponen de este modo a la categoría de los derechos individuales. Los segundos son los que se otorgan a un individuo, en razón de la pertenencia a un grupo determinado, es decir, se trata de derechos individuales pero otorgados en razón de la vinculación del sujeto titular con un grupo específico. También es posible que un derecho diferenciado sea otorgado a un grupo en tanto que tal grupo (es decir, no sólo en tanto que grupo, sino en tanto que este grupo particular y concreto). En este segundo caso, en lugar de tener un derecho individual-diferenciado, tendríamos un derecho colectivo-diferenciado. Los derechos diferenciados se oponen entonces, conceptualmente, a los derechos universales.

Veámoslo con un ejemplo. Una norma que en forma general reconoce la libertad religiosa de los individuos, y de este modo, les permite practicar los actos de culto, establece un derecho individual de carácter universal. Si, en cambio, se trata de una norma que permite a un individuo judío ausentarse de su lugar de trabajo en determinados días, por ser los días de las festividades más importantes de su religión, seguimos estando ante un derecho individual, pero diferenciado. La técnica jurídica es aquí diferente: no se reconocen derechos al individuo en general, a todos los individuos, sino al individuo que pertenece a un determinado grupo, y por pertenecer a ese grupo. Los derechos colectivos también pueden asumir esa forma dual. Si se reconoce el derecho de las iglesias a cobrar impuestos a sus miembros, se les está reconociendo un derecho colectivo, pero universal. Si este derecho a la imposición fiscal sólo se otorga a una iglesia concreta, estamos ante un derecho colectivo, pero diferenciado. Un derecho colectivo, universal o diferenciado, es pues un derecho de titularidad colectiva, es decir, un derecho cuyo titular es un grupo, y cuyo ejercicio se hace en forma grupal. Para la existencia de derechos colectivos es pues necesaria la existencia de sujetos colectivos⁹.

⁹ Respecto de los derechos diferenciados y de los derechos colectivos, véase GARCÍA INDA, A., "Identidades y derechos colectivos", en SUSÍN BETRÁN, R. y

La cuestión que queremos discutir aquí es la de la justificación del reconocimiento de derechos diferenciados. La consagración completa de la libertad religiosa necesita de la paralela consagración de la igualdad en el campo religioso¹⁰. Ahora bien, para garantizar la igualdad religiosa, ¿se ha de tratar a todos del mismo modo o, por el contrario, está justificado dar tratos diferentes para eliminar situaciones de desventaja?

Algunas perspectivas liberales, que hacen hincapié en una interpretación estrictamente formal de la igualdad, son reacias a aceptar el reconocimiento de derechos diferenciados. Para estos liberales, si las creencias religiosas pertenecen al ámbito privado de las opciones de vida, no es legítimo invocarlas en la esfera pública para eximirse de los deberes que el ordenamiento jurídico (pretendidamente) neutral del Estado liberal impone o para obtener derechos especiales en razón de una determinada pertenencia religiosa.

La propuesta liberal-republicana de Habermas camina en este sentido. Aunque el filósofo alemán rechaza la factibilidad de la existencia de un Estado totalmente neutro, se opone al reconocimiento de derechos diferenciados. Habermas intenta defender una forma de liberalismo que, aunque sabe de la imposibilidad del Estado *blind to differences* del liberalismo más ortodoxo, considera innecesarios los derechos especiales. Esta toma de posición es posible porque, para Habermas, la autonomía de aquellos a quienes se dirige la ley no ha de entenderse sólo como autonomía privada (garantizada por derechos individuales), sino también y al mismo tiempo como autonomía pública, en el sentido de que quienes como sujetos privados están sometidos a las leyes, se ven a sí mismos como los autores de esas mismas leyes¹¹.

SAN MARTÍN SEGURA, D., *De identidades: reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. GARCÍA INDA, A., "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos", Editorial Dykinson, Madrid, 2011. LÓPEZ CALERA, N., "El Concepto de Derechos Colectivos", en CALVO GARCÍA, M., "Identidades culturales y derechos humanos", Editorial Dykinson, Madrid. OLIVÉ, L., "Multiculturalismo y pluralismo", Editorial Paidós, México, 1999.

¹⁰ Entre otros, PECES-BARBA, G.; PRIETO SANCHÍS, L., "La filosofía de la tolerancia", en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., "Historia de los derechos fundamentales", Editorial Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, p. 268.

¹¹ HABERMAS, J., "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", en AAVV: "Multiculturalism", Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1994, pp. 112-113.

En otras palabras, para que el Estado no sea insensible a las diferencias religiosas (como a las económico-sociales o a las culturales), todo lo que hace falta es una correcta actualización del sistema de derechos, por medio de un acuerdo de los ciudadanos respecto de qué situaciones han de ser consideradas iguales y tratadas en consecuencia, y qué situaciones son merecedoras de un tratado diferenciado. En definitiva, para Habermas, si se lee la teoría de los derechos en el sentido de incluir una actualización democrática (es decir, por medio de la auto-legislación democrática) de tales derechos, no haría falta introducir derechos diferenciados ajenos a la perspectiva liberal¹².

La libertad religiosa, así como los derechos culturales, han de servir para garantizar a todos los ciudadanos un acceso igualitario a las comunicaciones, tradiciones y prácticas que esos mismos ciudadanos consideran necesarias para el mantenimiento de su identidad. La libertad religiosa y los derechos culturales han de ser entendidos como derechos subjetivos de los ciudadanos, que garantizan su identidad personal, pero sin llevar a la consagración de derechos especiales¹³.

Sin embargo, una propuesta liberal no rechaza forzosamente el reconocimiento de derechos diferenciados. En la teoría sobre derechos de las minorías de W. Kymlicka encontramos un excelente intento de justificar el otorgamiento de derechos especiales sin abandonar los presupuestos liberales. Kymlicka, en efecto, justifica las medidas orientadas a permitir que la particularidad del grupo no se vea oprimida por la comunidad dominante, asignando el nombre de *derechos poliétnicos* a lo que nosotros hemos llamado derechos diferenciados. Así, el derecho reconocido a judíos y musulmanes de ser exentos de las normas sobre descanso dominical o sacrificio ritual de animales, como las excepciones a las normas sobre vestimentas exigidas en ciertos contextos (ir con la cabeza descubierta a la escuela, o llevar un casco para circular en motocicleta) serían ejemplos de medidas que tienen como finalidad ayudar a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural, sin obstaculi-

¹² HABERMAS, J., "Struggles for...", p. 113. HABERMAS, J., "La inclusión del otro", traducción de Gerard Vilar Roco, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999, p. 116.

¹³ HABERMAS, J., "De la tolerancia a los derechos culturales", traducción de Juan Carlos Velasco, en *Claves de razón práctica*, n.º 129, 2003, pp. 11-12.

zar su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante¹⁴.

Kymlicka cree que el énfasis que el liberalismo ortodoxo pone sobre el igual reconocimiento de la calidad de ciudadano traducido como igualdad formal, por encima de la pertenencia a una comunidad cultural, es una característica del liberalismo contemporáneo, ausente en el liberalismo originario. El liberalismo temprano, en efecto, habría dado mayor importancia a la pertenencia cultural para el desarrollo de la autonomía individual. En respuesta a una concepción del liberalismo que se basa en un individuo abstracto, desgajado de su contexto cultural, Kymlicka formula una teoría liberal sobre las minorías que tiene en cuenta la pertenencia de los individuos a los grupos de los que forman parte¹⁵.

La propuesta de W. Kymlicka es que el liberalismo no puede abstraerse de la *societal culture* (expresión que nosotros traduciremos como *cultura societal*) en la que el individuo forma su identidad. Una cultura societal es una cultura que proporciona a sus miembros una forma de vida significativa para toda una gama de actividades humanas, en general compartiendo un idioma común. Hoy prácticamente todas las democracias liberales son multiculturales, en el sentido de que en ellas conviven varias culturas societales diferentes; así las cosas, el desafío para Kymlicka es cómo acomodar las diferencias de forma moralmente atendible¹⁶.

Dado que la democracia se basa en el principio de la mayoría, el problema que late en las democracias liberales es cómo hacer compatible la regla mayoritaria con el respeto a las formas de vida de las minorías. La respuesta de Kymlicka es que para que exista igualdad real entre las diferentes comunidades, es necesario brindar derechos especiales a quienes se encuentran en una situación de desventaja, es decir, a las minorías. Por ello, los derechos de las minorías no tienden a crear desigualdades, sino al contrario, a eliminarlas. En este sentido el ideal de la *omisión bienintencionada* que predicán algunos liberales no sería

¹⁴ KYMLICKA, W., "Ciudadanía multicultural", traducción de Carmen Castells Auleda, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1996, p. 53.

¹⁵ KYMLICKA, W., "Liberalism, Community and Culture", Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 206-207.

¹⁶ KYMLICKA, W., "Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo", traducción de Francisco Colom, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 7, 1996, p. 26.

verdaderamente bienintencionado, porque ignora que los miembros de minorías se encuentran en situación de desventaja. Además del argumento de la igualdad hay también un argumento de protección de las diferencias en sí, aunque es secundario: la diversidad cultural es un bien que puede beneficiar incluso a las personas que no pertenecen a la cultura minoritaria protegida, enriqueciendo a la sociedad en su conjunto¹⁷.

¿Por qué la protección de las minorías ha de significar el reconocimiento de derechos diferenciados? Es aquí aplicable la distinción entre opciones y circunstancias: quien libremente realiza una opción de vida costosa (por ejemplo, porque es amante de los vinos caros) no puede pedir legítimamente un apoyo estatal especial. En cambio, quien se encuentra en circunstancias no elegidas que le imponen costos especiales (por ejemplo, porque padece una enfermedad grave) sí puede reivindicar tal apoyo extra. El reconocimiento de derechos diferenciados tiende a remediar una circunstancia que no fue libremente elegida: la desigualdad real de los contextos culturales. Podría pensarse, dice Kymlicka, una vía de defensa de las culturas sin recurrir a los derechos diferenciados. Así, por ejemplo, podría darse prestaciones económicas que permitieran una defensa de los bienes de la cultura (como las tierras de las comunidades aborígenes) frente al accionar del mercado. Sin embargo, aun en este caso, los derechos diferenciados seguirían siendo necesarios frente a las vulnerabilidades que no provienen del mercado¹⁸.

En España, J. De Lucas sostiene un punto de vista semejante. El profesor de Valencia señala que el discurso de la universalidad de los derechos es engañoso porque se basa en la ficción de un sujeto *desnudo*, de un hombre en abstracto, que deja fuera del reconocimiento de derechos a la gran mayoría de la población. El universalismo abstracto es una ficción, porque la extensión de los derechos teóricamente atribuidos a todos no se produce en la realidad. Y esto es así porque el sujeto es restringido, y no universal como lo proclama la teoría universalista de los derechos. Los sujetos verdaderamente incluidos en la asignación de derechos son los que responden realmente al retrato del *homo iuridicus* (el individuo propietario, varón,

¹⁷ KYMLICKA, W., "Ciudadanía multicultural", cit., pp. 156-157.

¹⁸ KYMLICKA, W., "Liberalism, Community and Culture, cit., pp. 186-188. Véase también KYMLICKA, W. (2007): "Multicultural Odysseys", Oxford University Press, Oxford, 2007.

blanco, no extranjero), los únicos que son verdaderamente libres e iguales, y los únicos que participan en los dos foros que le constituyen como tal, la asamblea y el mercado¹⁹.

Para De Lucas un verdadero reconocimiento universal de derechos exigiría tener en cuenta las diferencias reales que se originan en ciertas categorías de pertenencia, como la religión (y también el género, la cultura, la clase social, etc.). Es que la igualdad formal de trato, tan cara al liberalismo ortodoxo, no hace sino reforzar la homogeneidad del grupo social, a favor de algunos y con la exclusión de otros (los *diferentes*). Las políticas de universalización de derechos enmascaran una política de asimilación a las normas del grupo dominante, haciendo desaparecer las diferencias culturales²⁰.

Por ello se proclama la necesidad de que la ciudadanía reconozca una pluralidad de niveles, garantizando derechos universales para todos pero también derechos diferenciados para algunos grupos o para los miembros de estos grupos. En este sentido, la especificación sería el último paso en el camino de la expansión de los derechos. Esto implica considerar que las diferencias de algunos grupos son lo suficientemente relevantes como para reconocerles la titularidad de derechos específicos²¹.

Finalmente, los derechos diferenciados emanados de la libertad religiosa también pueden justificarse desde presupuestos comunitaristas. Aunque quienes se identifican con esta corriente suelen poner más énfasis en los derechos de las comunidades en sí que en los derechos de los individuos en tanto miembros de esas comunidades, sus bases teóricas permiten justificar también estos últimos. Así, el *igualitarismo hospitalario a las diferencias* del que habla Ch. Taylor intenta encontrar una forma de respeto igualitario a la dignidad hu-

¹⁹ DE LUCAS, J., "Puertas que se cierran: Europa como fortaleza", Editorial Icaria, Barcelona, 1996, p. 26. DE LUCAS, J., "El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural", Editorial Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 41-43.

²⁰ DE LUCAS, J., "Multiculturalismo y derechos", en LÓPEZ GARCÍA, J. A.; DEL REAL, J. A., "Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho", Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 74-76.

²¹ DE LUCAS, J., *Puertas...*, cit., p. 26. DE LUCAS, J., *El desafío...*, cit., p. 55. Véase también DE LUCAS, J., "La tolerancia en las sociedades multiculturales", en Aguirre Oráa, José María; Martínez de Pisón, José: *Pluralismo y tolerancia. La sociedad liberal en la encrucijada*, La Perla Ediciones, Logroño, 2004.

mana que sea cuidadosa con las diferentes identidades, es decir, que no sea homogeneizante. Según el autor, la modernidad dio lugar a un reclamo de respeto a la igual dignidad de los seres humanos (lo que pide la no discriminación de los ciudadanos por razón de sus diferencias), pero simultáneamente a un reclamo de trato diferenciado en función de las distintas identidades culturales. El argumento central que justificaría que este último reclamo sea atendido radica en que nuestra identidad está formada, al menos parcialmente, por el reconocimiento o no reconocimiento de los demás²².

Coherente con estos presupuestos, la Comisión de Consulta sobre las Prácticas de Acomodamiento relativas a las Diferencias Culturales, que Taylor copresidió junto con G. Bouchard por encargo del gobierno de Quebec, recomendó fomentar las prácticas de armonización (reconocimiento de derechos diferenciados en función del contexto) propias de la tradición canadiense como medio de hacer efectivos los derechos humanos. La Comisión también sostuvo que, para llegar a la armonización, era preferible utilizar la vía de la negociación entre los propios implicados, buscando un *ajuste concertado*, y sólo como último recurso ir a los tribunales en busca de un *acomodamiento razonable* logrado por vía judicial²³.

La recepción de los derechos diferenciados relativos a la libertad religiosa por parte del ordenamiento jurídico puede producirse tanto por vía de norma general (legislativa, reglamentaria o de acuerdo internacional) como por vía judicial. En el primer caso, nos encontramos frente a normas legales, de diverso rango, que incluyen expresamente derechos para los miembros de determinados colectivos, en función de la pertenencia a esos colectivos. Ejemplos de ello pueden encontrarse en ciertos derechos emergentes de los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas, que reconocen prerrogativas específicas para individuos católicos, evangélicos, judíos o musulma-

²² TAYLOR, C., "The politics of recognition", en AAVV: *Multiculturalism*, Princeton University Press, Princeton, 1994, p. 25. Véase también TAYLOR, C., "Identidad y reconocimiento", traducción de Pablo Carbajosa, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 7, 1996. TAYLOR, C., "The Ethics of Authenticity", Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-Londres, 1991.

²³ BOUCHARD, G.; TAYLOR, C., "Building the Future. A Time for Reconciliation", informe final de la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* (Quebec, Canadá), 2008, en especial pp. 266-267.

nes²⁴; o en dos leyes argentinas que declaran días festivos, a efectos laborales, las fechas más importantes de los calendarios musulmán y judío²⁵.

Los derechos diferenciados también pueden provenir de la aplicación judicial de normas sobre derechos humanos, y esto aunque el texto que se aplique no reconozca expresamente tales derechos especiales. Si este es el caso, el reconocimiento de derechos diferenciados como dimanantes de un texto genérico sobre la libertad religiosa será el resultado de la interpretación jurisprudencial.

Veamos un ejemplo. Como es sabido, tanto la Constitución de España (en su artículo 16) como la de los Estados Unidos (en su primera enmienda) contienen disposiciones de protección de la libertad religiosa. Ninguna de las dos disposiciones dice nada sobre si la libertad religiosa ha de interpretarse como un derecho de carácter universal formalmente igualitario, o si por el contrario posibilita el reconocimiento de derechos especiales. Ante el mismo silencio constitucional, los máximos órganos de interpretación de ambos países han dado lecturas diferentes a esos preceptos constitucionales. Así, frente a la pregunta *¿incluye la libertad religiosa el derecho a obtener excepciones al régimen jurídico del trabajo para permitir el pleno ejercicio de los deberes que la propia religión impone?* la Suprema Corte de Justicia norteamericana contestó afirmativamente, en tanto que el Tribunal Constitucional español se orientó por la negativa.

Situándose en una tradición interpretativa que valora fuertemente el hecho religioso y está dispuesta a conceder en su beneficio excepciones al derecho común, la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo lugar al reclamo de una mujer despedida por negarse a trabajar en sábado, día de culto según sus creencias religiosas, y a quien le había sido negado el subsidio de desempleo por no aceptar empleos que le

²⁴ Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos; sobre enseñanza y asuntos culturales; sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos; y sobre asuntos económicos. Ley 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. Ley 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España. Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España.

²⁵ Ley 24571 sobre días no laborables para quienes profesan la religión judía. Ley 24757 sobre días no laborables para quienes profesan la religión islámica.

exigían trabajar ese mismo día²⁶. En cambio, frente a un caso semejante, el Tribunal Constitucional español resolvió en sentido distinto. Una mujer había sido también despedida por negarse a trabajar el día sábado, según los preceptos de su religión. El Tribunal Constitucional entendió que el despido era procedente. Desde una tradición jurídica que enfatiza la igualdad formal, el Tribunal Constitucional justificó su decisión en el hecho de que otorgar un trato beneficioso a una persona, respecto del régimen común del trabajo, en razón de sus creencias religiosas, implicaría una violación al principio de trato igualitario y neutralidad que debe presidir el accionar del empresario²⁷.

3. BREVE CONCLUSIÓN

La libertad religiosa nació como derecho individual, y mantiene todavía principalmente este carácter. Sin embargo, sin objetar este rasgo de derecho individual, son posibles dos interpretaciones diferentes sobre el modo de entender su titularidad. Por un lado, una interpretación universalista, que posiciona al titular del derecho como sujeto abstracto, y concibe un contenido del derecho que busca la igualdad formal de los ciudadanos. Por otro lado, una interpretación que ve al titular como un sujeto situado en un contexto, y que en consecuencia está dispuesta a resignar ciertas dosis de igualdad formal para reconocer, como emanados de la libertad religiosa, derechos diferenciados para los individuos en función de su pertenencia a determinado grupo religioso.

El liberalismo clásico es reacio a aceptar los derechos diferenciados, y se sitúa en una interpretación universalista y abstracta de la libertad religiosa. En cambio, otras interpretaciones liberales más atentas a la situación de desventaja en la que se pueden encontrar las minorías, así como las perspectivas comunitaristas, articulan interpretaciones que posibilitan la existencia de derechos especiales.

El ordenamiento jurídico puede acusar la recepción de estos derechos diferenciados por vías distintas. Una es la expresa consagración en textos legales, reglamentarios o acuerdos internacionales. Otra es la inclusión por vía jurisprudencial, a través de la interpretación que los órganos competentes realizan de las genéricas normas que tutelan la libertad religiosa.

²⁶ *Sherbert vs. Verner*, 374 US 398 (1963).

²⁷ STC 19/1985.

LA ADOPCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES INDIVIDUALES: ¿ASIGNATURA PENDIENTE EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA «SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DEL NIÑO»?

M.^a DEL ROSARIO CARMONA LUQUE

Prof.^a de Derecho Internacional Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La Convención sobre los derechos del niño: referente universal en la definición del «niño» como titular de derechos propios.—3. La importancia de un protocolo facultativo de la convención sobre el establecimiento de un procedimiento de comunicaciones, en el afianzamiento de la subjetividad internacional del niño.

1. INTRODUCCIÓN

Referirnos a la consolidación de la subjetividad internacional del niño, como hacemos en el título de nuestra comunicación, pudiera parecer la manifestación de una excesivamente entusiasta concepción de la subjetividad del individuo en el Derecho Internacional. No es esa nuestra intención y a ello responde precisamente el entrecomillado empleado en su formulación. Por el contrario, partimos de la diversidad doctrinal en torno a la determinación del concepto mismo de subjetividad internacional y especialmente, de la confrontación de posiciones sobre su reconocimiento y alcance respecto al individuo¹;

¹ En ese sentido, TRUYOL SERRA, A., «En torno a la subjetividad jurídico-internacional del individuo existe una polémica que a menudo no carece de acritud», en: *La sociedad internacional*, Alianza editorial, Madrid, 1987, p. 167. Sobre la cuestión y las diferentes posiciones doctrinales al respecto, entre otros: BARBERIS, J. A., «Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale», *R.C.A.D.I.*, vol. 179, 1983-I, pp. 145-304; CANÇADO TRINDADE, A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001; CARRILLO SALCEDO, J. A., «Droit International et souveraineté des États, Cours Général de Droit International Public», *R.C.A.D.I.*, vol. 257, 1996, pp. 35-222; CASSESE, A., «La communauté internationale et le génocide», en *Le Droit In-*

situación que adquiere una complejidad aún mayor cuando nos referimos al niño, por las particularidades que como ser humano en proceso de desarrollo le son propias.

Un hecho resulta en todo caso incuestionable y es que la transformación experimentada por la Comunidad Internacional a partir de 1945 y su incidencia en el orden jurídico que la regula ha contribuido al progresivo desarrollo e implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un sector específico del ordenamiento jurídico internacional en el que el individuo goza de la condición de titular de derechos que generan obligaciones respecto a su protección y respeto hacia los Estados². La humanización y socialización se convertirán desde entonces en notas indelebles del proceso de desarrollo del Derecho Internacional y en vehículos de la promoción jurídico-internacional del individuo³.

Ahora bien, partiendo del diverso alcance reconocido entre la doctrina al mero hecho de proclamar al individuo desde la norma jurídica internacional como titular o beneficiario de los derechos en ella regulados, y de la demanda de aptitud suficiente para hacer valer esos derechos ante instancias internacionales e incluso para devenir responsable por violación de normas internacionales que le conciernan,

ternational au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offres à Michel Virally. Pedone, Paris, 1991, pp. 183-195; KELSEN, H., «Théorie du droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 84, 1953-III, pp. 85-87; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Le droit international à la veille des normes, valeurs et faits, Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 274, 1998-IV, pp. 9-308; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La subjetividad internacional (II): La personalidad internacional de otros sujetos», en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, 2009, Decimoséptima edición; Reuter, Paul: «Principes de Droit International Public», *R.C.A.D.I.*, vol. 103, 1961-II, pp. 499-503; SPIROPOULOS, J., «L'individu et le droit international», *R.C.A.D.I.*, vol. 30, 1929, pp. 199-209; TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*. Tecnos, 1984, 3.^a ed., 1.^a reimpresión; VASAK, K., «Le Droit International des droits de l'homme», *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974, pp. 333-415; y WEIL, P., «Le Droit International en quête de son identité, Cours Général de Droit International Public», *R.C.A.D.I.*, vol. 237, 1992-VI, pp. 9-370.

² En ese sentido ABELLÁN HONRUBIA, V., «Dans son ensemble, ce tissu normatif conventionnel présente un double caractère: il s'agit de normes adressées aux individus en tant que titulaires de droits internationalement reconnus, et aux États en tant que destinataires d'obligations internationales afin que l'exercice de ces droits puisse être effectif», en *La responsabilité internationale de l'individu*, *R.C.A.D.I.*, vol. 280, 1999-VI, p. 162.

³ Vid. TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos...*, cit., p. 9.

partimos en nuestros comentarios de un concepto amplio de subjetividad internacional para evaluar, a su amparo, la situación del niño. Y más concretamente, ciñéndonos a la brevedad que un trabajo de estas características exige, centraremos nuestra atención en el proceso actual de discusión de un eventual tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, que permita con ello coronar la importante aportación de este tratado al reconocimiento y proclamación del niño como titular de derechos en el orden internacional.

2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: REFERENTE UNIVERSAL EN LA DEFINICIÓN DEL «NIÑO» COMO TITULAR DE DERECHOS PROPIOS

Resulta indiscutible el papel de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ en el reconocimiento de este último como titular de derechos propios. Su condición de tratado de codificación y de desarrollo progresivo⁵ que con alcance general y carácter vinculante regula los derechos de un sector de población demandante de una especial atención y protección, como son los niños, erige a la Convención en referente universal y ha permitido atribuirle el título de Carta Magna de los Derechos del Niño⁶.

Ello no nos hace ignorar las limitaciones que su texto pueda presentar y que son consecuencia, en gran medida, de las dificultades

⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. España la firmó el 26 de junio de 1990 y la ratificó el 6 de diciembre del mismo año (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵ En ese sentido, FERNÁNDEZ SOLA, N., *La protección internacional de los derechos del niño*. Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 32.

⁶ Así lo han hecho RIQUELME CORTADO, R., «La Carta Magna de los Derechos del Niño. Progresos y Desafíos», en VICENTE GIMÉNEZ, T. y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. (coords.) *Los derechos del niño. Responsabilidad de todos*, Universidad de Murcia, 2007, pp. 95-138. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)», en *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.). Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, p. 85; y SANTOS PAÍS, M., «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», en *Les droits de l'enfant*, Bulletin des droits de l'homme, 91/2. Nations Unies, New York, 1992, pp. 80-82.

derivadas de la universalidad en la que se gesta este tratado y cuyo alcance persigue respecto a su ratificación. En efecto, y en relación a la identificación del «niño» titular de la Convención, las imprecisiones, lagunas e incluso deficiencias que ofrece su articulado en la atención a ámbitos específicos en los que puede desarrollarse la vida del niño, ha podido llevar a cuestionar precisamente el alcance universal del goce de los derechos proclamados desde este tratado⁷. La determinación —o su falta— de los límites de edad inferior y superior del «niño» titular de la Convención y, respecto a este último, su concreción —o ausencia— respecto a situaciones específicas como la escolarización obligatoria, el acceso al empleo, el consentimiento sexual y al matrimonio, el alistamiento en Fuerzas y Grupos Armados y la participación en combate, la administración de justicia de menores, o la emisión y atención de su opinión en asuntos de su interés, son referencia obligada para ello⁸.

Ahora bien, la evolución experimentada por la Convención sobre los Derechos del Niño en su más de veinte años de existencia, nos permite abordar estas dificultades para definir universalmente al «niño» titular de los derechos que proclama, atendiendo a elementos claves que permiten imprimirle un desarrollo progresivo y colmar con ello las carencias antes señaladas. Esos elementos son los siguientes:

- La consolidación del artículo 1 de la Convención como elemento universal de referencia en la definición jurídica del niño, tanto respecto a los órdenes domésticos como internacionales⁹, permitiendo con ello subrayar la importante referencia a los

⁷ En ese sentido Cástor Díaz Barrado, señala la posibilidad de que se produzca una pluralidad de situaciones respecto a un mismo hecho o circunstancia, que impedirían afirmar en esos casos, con carácter universal, que personas de la misma edad gocen de la condición de niño, en DÍAZ BARRADO C., *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Universidad de Córdoba, 1991, p. 192.

⁸ Un análisis detallado de estas cuestiones puede consultarse en nuestra obra *La Convención sobre los Derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011.

⁹ Ejemplo del seguimiento o la invocación expresa de este artículo en otros instrumentos internacionales son: la Carta Africana sobre los derechos y bienestar del niño, de 1990; el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 1996; la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales, de 2007, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998, o el Convenio n.º 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, de 1999.

18 años que esta disposición convencional establece («Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años...»), sobre las limitaciones que asimismo permite derivar respecto a márgenes inferiores de edad determinados en las regulaciones internas o en el propio texto convencional («... salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»).

- La adopción y amplia ratificación¹⁰ del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 2000, que logra superar la lamentable carencia del tratado de 1989, al elevar la edad del niño amparado por sus disposiciones a los 18 años y prohibir, conforme a este límite de edad, la participación directa en las hostilidades a través de las Fuerzas Armadas del Estado o de Grupos Armados distintos de éstas y el reclutamiento obligatorio en las Fuerzas y Grupos armados¹¹.
- La prohibición desde el texto convencional de la pena de muerte y de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación hasta los 18 años¹², confirmando la cristalización de una norma de *ius cogens* respecto al primer supuesto, y permitiendo su generación respecto al segundo, cuya novedosa proclamación convencional representa una destacable aportación al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁰ A fecha de 7 de marzo de 2011, son 140 los Estados Partes en el citado Protocolo.

¹¹ Vid artículos 1 y 2 del citado Protocolo. El artículo 38 de la Convención no logró superar los límites de edad ya fijados a estos efectos desde el Derecho Internacional Humanitario, retomando la referencia expresa a los 15 años en su artículo 38 e incluso dispensando una protección menor en algunos aspectos. Respecto a esta cuestión, Araceli Mangas Martín lamenta que «... en la situación más peligrosa para la vida misma de la infancia, cual es la guerra, el convenio haya rebajado o semidiluido las protecciones que los Convenios específicos sobre el derecho humanitario habían logrado para los niños» MANGAS MARTÍN, A., «La protección internacional de los derechos del niño», en Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja, n.º 4, diciembre 1998, suplemento, pp. 7-15. Hay que señalar asimismo, que el Protocolo de 2000 no logra superar todas las deficiencias del artículo 38 de la Convención, como pone de manifiesto la exclusión de su ámbito de aplicación de la participación indirecta en las hostilidades y la reducción de la edad para el alistamiento voluntario.

¹² Vid. artículo 37.a de la Convención.

- Y de manera destacada, la doctrina desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño, tanto desde las Observaciones finales emitidas a los Estados Partes en la Convención, como a través de sus Observaciones Generales. De ella debemos destacar, entre otras manifestaciones de interés las siguientes: el impulso a incorporar el concepto de niño como «sujeto de derechos» en las políticas, programas y proyectos de los Estados Partes; una interpretación del artículo 1 de la Convención favorable a la protección al niño y su reconocimiento como titular de derechos propios hasta los 18 años; el establecimiento de edades mínimas de acceso al empleo respetuosas con las disposiciones internacionales pertinentes¹³ y su compatibilidad con el respeto de una asimismo adecuada edad mínima de escolarización obligatoria; las demandas de aumentar hasta los 18 años y para ambos sexos las edades mínimas legales de acceso al matrimonio; la exigencia del establecimiento de edades mínimas de responsabilidad penal del niño acordes con la Convención y la obligación en todo caso de establecer sistemas de administración de justicia que dispensen una protección específica del niño hasta los 18 años; el respeto efectivo al derecho del niño a manifestar su opinión en todos los asuntos de su interés, y la atención para su ponderación a la evolución de las facultades del niño¹⁴; etc.

3. LA IMPORTANCIA DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES, EN EL AFIANZAMIENTO DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DEL NIÑO

Los logros alcanzados en el marco de la subjetividad internacional por la Convención respecto a la definición internacional del niño y su reconocimiento como titular de derechos propios, no han alcanzado por el momento iguales cotas de satisfacción en relación a la legitimación procesal internacional del niño, al no ofrecer este trata-

¹³ Entre la que cobran especial relevancia los Convenios n.ºs 138 y 182 de la OIT.

¹⁴ *Vid.* artículos 12 y 5 de la Convención, imprimiéndole una interpretación extensa a este último, más allá del ámbito de las relaciones familiares a las que se refiere.

do un procedimiento de quejas individuales, común sin embargo al resto de los convenios generales del programa de Naciones Unidas de Derechos Humanos¹⁵.

La cuestión planeó no obstante, aunque tímidamente, desde los momentos iniciales de la vida de la Convención y su planteamiento cobró fuerza con ocasión de la celebración del veinte aniversario de su adopción¹⁶, gozando actualmente de la puesta en marcha de un proceso de elaboración, a través de las actuaciones del Grupo de Trabajo establecido en 2009 por el Consejo de Derechos Humanos¹⁷, en los dos periodos de sesiones hasta el momento celebrados.

Muchas pueden ser las incógnitas que nos aborden al pensar en la ausencia de un procedimiento de esta naturaleza en la Convención. Así, la generalidad de su contenido y la particularidad del sujeto amparado por sus disposiciones y titular de los derechos en ellas proclamados pueden subrayar la complejidad que *a priori* pudiera generar su establecimiento y el efectivo desempeño de sus funciones; asimismo, la inclusión del niño entre los sujetos susceptibles de acogerse a los procedimientos de este orden del que disfrutaban otros tratados generales y regionales de derechos humanos podría cuestionar la necesidad de su adopción; e incluso podría atenderse a consideraciones relativas a la carga económica que su establecimiento pudiera comportar en el sistema Naciones Unidas y el trabajo suplementario que representaría respecto al Comité de los Derechos del Niño, que

¹⁵ Podemos advertir la existencia de tal procedimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; la Convención internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁶ *Vid.* Debate General sobre la conmemoración del décimo aniversario de la Convención, celebrado por el Comité de Derechos del Niño durante su 22.º periodo de sesiones (doc. CRC/C/90, 7 de diciembre de 1999, pár. 291, j): «El Comité estudiará la posibilidad de iniciar los debates sobre un protocolo facultativo de la Convención que la dote de un mecanismo de presentación de comunicaciones individuales...».

¹⁷ Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de presentación de comunicaciones, establecido mediante resolución A/HRC/RES/11/1 de 17 de junio de 2009, del Consejo de Derechos Humanos. Doc. A/HRC/11/L.3.

ya ha necesitado recurrir a medidas extraordinarias para responder a su tarea de análisis de los informes de Estados partes en la Convención. Sin embargo, la promoción de la subjetividad internacional del niño demanda una garantía cada vez mayor, no sólo de la titularidad de derechos sino además de los mecanismos eficaces para reclamarlos y hacerlos valer, y en ese sentido creemos que la adopción de este protocolo no debiera encontrar especiales resistencias para su aprobación.

En su decisión de crear el citado Grupo de trabajo abierto para estudiar la posibilidad de elaborar un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al establecimiento de un procedimiento de comunicaciones, el Consejo de Derechos Humanos atendió a la importancia y prioridad demandada respecto a los derechos del niño desde instancias y foros diversos de Naciones Unidas¹⁸, a la existencia de procedimientos de comunicaciones individuales en los tratados básicos de derechos humanos y a la carencia de un procedimiento de tal naturaleza sobre la Convención, que permitiera el examen de comunicaciones por un comité de expertos independientes adecuado, como sería en este caso el Comité de los derechos del niño.

Y la cuestión que nos corresponde precisar ahora es: ¿cuáles han sido las actuaciones concretas hasta el momento del citado Grupo de Trabajo?

En primer lugar y respecto al primer periodo de sesiones de dicho Grupo de Trabajo, los debates entablados en él permitieron poner de relieve la mayoritaria posición de delegaciones de Estados y de expertos internacionales del marco de las Naciones Unidas, acerca de la oportunidad de dotar de un procedimiento de comunicaciones a

¹⁸ En la citada Resolución 11/1 de 17 de junio, el Consejo de Derechos Humanos atiende a la demanda expresada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 respecto al carácter prioritario de los derechos del niño en toda actividad del sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos; a la petición del propio Consejo, en su Resolución 10/14 y con ocasión del 20 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la aplicación efectiva de esta última por todos los Estados; y a las opiniones del Comité de los Derechos del Niño sobre las dificultades de los niños para interponer recursos por la violación de sus derechos —subrayada en su Observación general n.º 5— y la notable contribución que a esos efectos representaría la creación de un procedimiento de presentación de comunicaciones.

la Convención sobre los derechos del niño, al considerar que ello «brindaría una oportunidad más de realizar nuevos progresos» y «contribuiría de manera importante a mejorar la protección general de los derechos del niño»¹⁹.

Entre las propuestas y consideraciones apuntadas en esos debates del Grupo de Trabajo podemos destacar de manera sucinta las siguientes: Por una parte, y atendiendo a la generalidad de los derechos amparados en la Convención y a la experiencia y los conocimientos de los miembros de su Comité de control, el nuevo procedimiento ofrecería un mayor grado de protección y un tratamiento holístico y especializado de los derechos del niño respecto a la fragmentaria actuación al respecto de los sistemas ya existentes, favoreciendo además la conveniente cooperación y complementariedad entre todos ellos. Asimismo, reforzaría la condición de los niños como titulares de derechos y dotaría de contenido su derecho a ser oídos al ofrecerles un recurso efectivo y un mecanismo comprensible, accesible y adaptado a sus intereses, que les proporcionase la información adecuada y atendiese a su capacidad jurídica, su representación en el procedimiento y su necesario consentimiento; velase por la celeridad de las actuaciones y la atención al interés superior del niño; y previese las salvaguardias jurídicas oportunas para garantizar la confidencialidad y el respeto a la vida privada de los niños y su protección frente a posibles riesgos de manipulación política, violencia o castigo en el recurso a este procedimiento o como consecuencia de haberlo hecho.

Asimismo, se consideró que, sin relegar el carácter indispensable de los mecanismos nacionales de reparación, pero teniendo asimismo en cuenta sus deficiencias o carencia en muchos países²⁰, el procedimiento de quejas individuales respecto a la Convención de 1989 reforzaría los sistemas y órganos ya existentes a nivel nacional y supliría en otros casos su ausencia sin implicar por ello injerencias en las jurisdicciones domésticas, quedando sujeto al requisito del previo agotamiento de los recursos internos. Ahora bien, esta condición común a los procedimientos internacionales de protección de derechos humanos, quedaría limitada en este caso no sólo a su efectiva existencia, la probabilidad de una reparación efectiva y su no dilación

¹⁹ Vid párr. 19 del *Informe del Grupo de trabajo*, doc. A/HCR/13/43.

²⁰ El Grupo de Trabajo señaló que la falta de recursos apropiados a nivel nacional se había puesto de relieve en el estudio de 2006 del Secretario General sobre la violencia sobre los niños. Doc. A/HCR/13/43 *cit supra*, par. 43.

excesiva en el tiempo, sino también a su disponibilidad respecto a los niños o sus representantes, atendiendo de esa forma a las particulares exigencias que demanda la condición específica del niño. Por otra parte, la doctrina generada por este mecanismo especializado, contribuiría significativamente a la interpretación de la Convención y beneficiaría tanto a los mecanismos y órganos nacionales, regionales e internacionales²¹.

Finalmente, entre otras preocupaciones, al Grupo de Trabajo planteó en su primera sesión, la extensión del ámbito de aplicación del futuro procedimiento de quejas individuales no sólo a la Convención sino también a sus dos Protocolos Facultativos actualmente existentes; la posible presentación de denuncias colectivas o la inclusión de un procedimiento de investigación en casos de violaciones graves o sistemáticas de los instrumentos citados; la adopción de medidas de protección provisionales en casos de riesgos de daños irreparables; y la prestación de asistencia y cooperación internacional a los Estados.

Con objeto de servir de base a las deliberaciones de su segunda sesión y respondiendo con ello a la demanda que en tal sentido le hiciera el propio Consejo de Derechos Humanos²², el Grupo de Trabajo elaboró una propuesta de protocolo y un memorandum explicativo del mismo²³. Y sobre esa base, la segunda sesión se celebró del 6

²¹ A este respecto varias delegaciones y expertos presentes en el Grupo de Trabajo señalaron la referencia a la Convención sobre los derechos del niño y la atención incluso a las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño en la jurisprudencia de la Comisión Americana de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; si bien en algún caso se criticó la falta de coherencia de algunas sentencias de éste último respecto a la Convención. Doc. A/HCR/13/43... *supra*, par. 49 y 54.

²² En efecto, tras decidir prorrogar el mandato del Grupo de trabajo hasta su 17.º periodo de sesiones, el Consejo de Derechos Humanos le encomendó el mandato de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño a fin de establecer un procedimiento de comunicaciones, para distribuirlo a más tardar en septiembre de 2010 a fin de que pueda servir de base en las futuras negociaciones. *Vid.* Consejo de Derechos Humanos, Resolución 13/3. Grupo de trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones. Asamblea General, doc. A/HRC/13/L.5, 14 de abril de 2010. La tarea encomendada ha logrado ser realizada con antelación al plazo previsto.

²³ *Vid.* Proposal for a draft optional protocol prepared by Mr. Drahoslav Stefánek (Slovakia), Chairperson of the Open-ended Working Group on a optional protocol to

al 10 de diciembre de 2010 y del 10 al 16 de febrero de 2011 y culminó con la adopción de una propuesta revisada de proyecto de Protocolo Facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo²⁴, cuyo contenido pasamos brevemente a referir.

Entre las disposiciones del Preámbulo se reconoce de nuevo que la situación especial y de dependencia de los niños les dificulta verdaderamente el ejercicio de recursos para reparar la violación de sus derechos y se considera que el Protocolo reforzaría y complementaría los mecanismos nacionales y regionales, permitiendo a los niños denunciar la violación de sus derechos. Queda regulado en el Protocolo tanto el procedimiento de comunicaciones individuales como colectivas y el procedimiento de investigación por el Comité de los Derechos del Niño en caso de violaciones graves o sistemáticas; cuestión ésta de establecer ambas competencias que fue objeto de disparas posiciones, a favor o en contra, de los Estados partícipes en su elaboración. Los principios del respeto y atención a la opinión del niño y la atención a su interés superior como consideración principal deberán regir el ejercicio de las funciones conferidas al Comité en el Protocolo y se atiende especialmente a la atención a las necesidades específicas de los niños durante los procedimientos, así como al respeto de la confidencialidad, impidiendo la revelación pública de la identidad de las personas o grupos de personas que presenten una comunicación.

Una amplia discusión generó la determinación de los sujetos legitimados a presentar comunicaciones individuales, quedando finalmente establecido en el proyecto que serán las personas o grupos de personas —en su nombre o mediante representantes— bajo jurisdicción de un Estado Parte y que afirmen ser víctimas, o haberlo sido mientras eran niños, de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención o en cualquiera de sus Protocolos (pudiendo los Estados determinar en el momento de fir-

the Convention on the Rights of the Child to provide a communication procedure. Human Rights Council. Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child. Second Session, Geneva, 6-10 December 2010 (Advanced unedited version). General Assembly, doc. A/HRC/WG.7/2/2, 5 august 2010.

²⁴ Propuesta revisada de proyecto de protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones», doc. A/HRC.

mar o ratificar el Protocolo el alcance de su compromiso sobre todos estos instrumentos o sólo respecto a la Convención). Además, en caso de actuación de representantes de la víctimas deberán contar con su consentimiento o justificar su ausencia y el Comité de los derechos del niño velará porque en todo caso se ampare el interés superior del niño o grupo de niños representados y se eviten posibles manipulaciones. Las comunicaciones colectivas podrán ser presentadas por las instituciones nacionales de derechos humanos, ombudsman y ONG. Se prevé la posible adopción en cualquier momento por el Comité de medidas provisionales, contando esta medida con un firme apoyo de los Estados. Se regulan los requisitos de admisibilidad de las demandas interpretando favorablemente a la víctima el criterio del agotamiento de las vías internas. Se regulan los buenos oficios del Comité y la posible solución amigable de los asuntos; etc.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO DE DERECHOS: ANÁLISIS DESDE DOS MODELOS

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La persona con discapacidad como sujeto de derechos desde el modelo médico.— 3. La persona con discapacidad como sujeto de derechos desde el modelo social.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque no siempre ha sido así, en la actualidad parece una cuestión pacífica la consideración de las personas con discapacidad como individuos que poseen los mismos derechos que se predicen de los demás ciudadanos. Ahora bien, la contemplación de la persona con discapacidad como sujeto de derechos tiene implicaciones muy distintas si se interpreta desde los presupuestos del llamado modelo médico, que si se interpreta desde las coordenadas que definen el denominado modelo social¹. A mi modo de ver, sólo este último modelo —que encuentra su plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006 y en vigor desde 2008²— resulta plenamente coherente con la igualdad de

¹ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

² Vid. sobre la Convención, además de la obra citada en la nota anterior, PALACIOS, A., y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007. Sobre el impacto de este Tratado en el Ordenamiento jurídico español puede consultarse el Informe «El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Interna-

derechos de las personas con discapacidad. A exponer las diferentes consecuencias que, en el ámbito de la titularidad y ejercicio de los derechos, se derivan de la adopción del modelo médico y del modelo social de tratamiento de la discapacidad y a demostrar la superioridad del enfoque social en este contexto se dedican las siguientes reflexiones.

2. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO DE DERECHOS DESDE EL MODELO MÉDICO

El *modelo médico o modelo rehabilitador* de la discapacidad, poniendo el acento en la persona, concibe la discapacidad como un problema centralmente *individual* que tiene su causa principal en las «limitaciones» originadas por el «padecimiento» de una deficiencia³ provocada por un accidente, enfermedad o condición de salud.

Desde el enfoque propio de este modelo, el tratamiento del fenómeno de la discapacidad se orienta a rehabilitar o normalizar a las personas con discapacidad con el objetivo de que puedan integrarse en la sociedad⁴ y a compensar a aquellos individuos que, debido a la naturaleza de las patologías que padecen, no logran alcanzar dicha meta. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad, consisten en medidas dirigidas a la persona individualmente considerada de carácter básicamente terapéutico o asistencial.

Si bien el modelo médico significó en su momento un avance importante en el en lo que respecta al reconocimiento de derechos a

cional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español», coordinado por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» (<http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Biblioteca/Publicaciones/Páginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=5>). Algunos de los trabajos que integran este informe se han publicado en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

³ OLIVER, M., *Understanding Disability, From theory to practice*, Palgrave, Macmillan, 1996, pp. 31 y 32, y BARNES, C., y MERCER, G., *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003, pp. 2 y 3.

⁴ PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 98.

las personas con discapacidad⁵, presenta importantes carencias en este contexto que todavía hoy persisten⁶.

En efecto, este modelo maneja una visión excesivamente parcial de la discapacidad centrada en exceso en la realidad clínica, lo que supone contemplar a la persona con discapacidad no tanto como un sujeto de pleno Derecho y con plenos derechos sino como un enfermo o paciente necesitado de atención y cuidado⁷.

Además, según el modelo médico la normalización de las personas con discapacidad aparece como un paso previo a la integración social e incluso como una condición para el acceso real y efectivo a los derechos. Así, con independencia de que en teoría se reconozca a la persona con discapacidad como sujeto titular de los mismos derechos que a las personas estándar, en la práctica, sólo podrá ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de igualdad en la medida en que se amolde a los patrones de la normalidad. Dicho de otro modo, las personas con discapacidad tendrán también que adaptarse a través de su esfuerzo individual a unos derechos universales diseñados por y para las personas normales. Cuando no pueden hacerlo, el modelo médico contempla como una consecuencia «natural», «inevitable» y, por tanto, «tolerable»⁸ que la persona con discapacidad vea restringidos o limitados, en alguna medida, sus derechos respecto al resto de la población «no discapacitada». Restricciones que no se contemplan, en ningún caso, como supuestos de discriminación o de vulneración de los derechos.

⁵ PALACIOS, A., «¿Modelo rehabilitador o modelo social?» en CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A., *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, p. 251. VALDÉS DAL-RE, F., «Derechos en serio y discapacidad: una sociedad para todos» en VALDÉS DAL-RE (dir.) y LHAERA FORTEZA (coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 367-385, p. 372.

⁶ Vid. algunas de las críticas vertidas sobre el modelo médico en los trabajos incluidos en la obra BARTON, L., (comp.) *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998.

PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., pp. 99 y 100.

⁷ VIDAL GARCÍA, J., «Introducción» en GARCÍA ALONSO, J.V. (Coord.), *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003, p. 34.

⁸ STEIN, M. A., «Disability Human Rights», *California Law Review*, vol. 95, 1,2007, pp. 75-121, p. 86.

Finalmente, el modelo médico se fija precisamente en aquello que las personas con discapacidad no pueden hacer⁹, infravalora las capacidades y aptitudes de las personas con «deficiencias», refuerza el estereotipo de las personas con discapacidad como personas dependientes¹⁰ y genera sobreprotección, permitiendo que otros —padres, familiares, tutores, médicos asistentes— decidan sobre los aspectos esenciales de su vida y, por tanto, sobre sus derechos. Así, desde estos parámetros, la persona con discapacidad se configura como un sujeto pasivo en relación con sus derechos.

En relación con esta última apreciación y entroncando con la cuestión de la capacidad jurídica, tratada en una de las ponencias de este seminario, el modelo médico reconoce a las personas con discapacidad personalidad jurídica¹¹ y lo que en el sistema español se denomina capacidad jurídica, esto es, la idoneidad para ser titulares de derechos¹². Ahora bien, al mismo tiempo permite y justifica la existencia de limitaciones de lo que en el sistema jurídico español se

⁹ COURTIS, Ch., «Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003», *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 51, pp. 1-20, p. 8.

¹⁰ BARTON, L., «Sociología y discapacidad: algunos temas nuevos», cit., pp. 19-33, p. 24.

¹¹ La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y, por tanto, constituye un requisito previo o una precondition para la adquisición de derechos y deberes, Vid «Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica» para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>). Según DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, T.II, Civitas, Madrid 1984, p. 3 y pp. 49 y 50, la personalidad jurídica es la «cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre (como tal)».

¹² Idem, p. 46. Se trata «de una cualidad pasiva para ser receptor de efectos jurídicos», ROVIRA SUEIRO, M.E., *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces, p. 14 siguiendo a ERAMOS CHAPARRO, E., *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Ed. Cedes, Barcelona, 1999. En concreto, BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 84, se refiere a la capacidad jurídica «iusfundamental» que «refleja la abstracta capacidad del individuo para ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones fundamentales». La capacidad jurídica se considera reflejo de la personalidad y, por ende, es la misma para todas las personas, no conoce de grados ni modificaciones y no se ve afectada por las circunstancias personales de los individuos, GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 26 y ss. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Capacidad jurídica y capacidad de

denomina capacidad de obrar¹³, esto es, la capacidad para ejercer tales derechos y deberes.

De acuerdo con los presupuestos anteriormente expuestos, el modelo médico entiende que las personas «normales» poseen ciertas habilidades cognitivas —sentir, comunicarse, razonar de determinadas maneras consideradas adecuadas— que les permiten tomar decisiones sobre sus planes y proyectos de vida de una forma «correcta», es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable¹⁴. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón abstracto e ideal son directa o indirectamente etiquetadas como «incapaces». Así, la respuesta que se ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de «normalidad» antes mencionados consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en transferir ese derecho a un tercero, que sustituye a la persona «incapaz» en la adopción de las decisiones que no puede realizar por sí mismo y, por ende, en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. En este sentido, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como un complemento necesario del modelo médico de tratamiento de la discapacidad.

En definitiva, el denominado *modelo médico* considera a la persona con discapacidad como un sujeto «que necesita ser rehabilitado (*re-habilitado*) a los efectos de recuperar su dignidad —una dignidad

obrar» en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13-22, pp. 13 y 14.

¹³ Es aquella «cualidad jurídica de la persona que determina —conforme a su estado— la eficacia jurídica de sus actos», DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 49 y 50. Y, en este sentido, posee, a diferencia de la capacidad jurídica, un carácter activo. También alude BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Teoría General...*, cit., p. 86, a la capacidad de obrar «iusfundamental» definida como «como la capacidad para que el titular del derecho lo ejerza por sí mismo, cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que forman parte del contenido subjetivo del derecho». En el ordenamiento jurídico español la capacidad de obrar no es la misma para todos, sino que se presenta como contingente y variable en función de las condiciones personales de los sujetos, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», cit., p. 14.

¹⁴ ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre la capacidad jurídica» en BARIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, en prensa.

que se entiende lesionada o perdida»¹⁵ y, por tanto, a los efectos de su equiparación real en derechos con los demás ciudadanos. Y cuando tal rehabilitación no se consigue la persona con discapacidad no es contemplada como un sujeto de derechos, sino como objeto de tratamiento médico, asistencial y de protección y de tutela¹⁶.

3. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO DE DERECHOS DESDE EL MODELO SOCIAL

El modelo social, traslada el centro del «problema» de la discapacidad desde el individuo a la sociedad. De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad se consideran preponderantemente sociales y no tanto personales¹⁷. No son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que *discapacitan*, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración a las personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan.

Para el modelo social la discapacidad es, en efecto, una cuestión de discriminación y exclusión y, por tanto, una cuestión de derechos humanos¹⁸. Este modelo parte de los derechos, porque entiende que las limitaciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son naturales, ni inevitables, ni tolerables. Se trata de restricciones que son el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de la dignidad intrínseca y un supuesto de insatisfacción de derechos

¹⁵ PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 471.

¹⁶ OLIVER, M., «¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?», cit., p. 48, DEGENER, T y QUINN, G., «A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform», presentado en *From Principles to Practice, an International Disability Law and Policy Symposium*, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF.

¹⁷ PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 103. Vid. sobre esta nueva visión OLIVER, M., «¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?», cit., p. 47, MORRIS, J., *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women's Press Ltd., London, 1991, p. 17 y los Principios Fundamentales elaborados por UPIAS en 1976 (siglas en inglés de la Unión de Personas con discapacidad Físicas contra la Segregación).

¹⁸ Vid. entre otros, ASÍS ROIG, R. DE, BARIFFI, F., y PALACIOS, A., «Principios éticos y fundamentos jurídicos» en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., pp. 83-113, p. 84.

de las personas con discapacidad¹⁹. Y se orienta a los derechos porque considera que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión garantizando el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad²⁰. Así, desde el modelo social, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos.

El modelo social viene a resolver las insuficiencias del modelo médico en el contexto de los derechos.

Frente a la visión parcial del modelo rehabilitador, centrado en las realidades médicas, el modelo social adopta un punto de vista integral en el tratamiento de la discapacidad, asumiendo la importancia de los factores sociales, y contempla a la persona con discapacidad como un ciudadano de pleno derecho y con plenos derechos, como un agente que aspira a actuar en todas las facetas y esferas de la vida en sociedad.

El modelo social rechaza frontalmente la ideología de la normalización, considerando que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden «a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante»²¹ generando limitaciones para aquellos que no encajan en el modelo estándar. Lo anterior conduce a redefinir el destinatario de la normalización y de la rehabilitación que no son tanto las personas, como la sociedad²². Estas consideraciones implican en el ámbito de los derechos, la necesidad de adaptar los derechos universalmente formulados a las exigencias de las personas con discapacidad. Dicho de otro modo, son los derechos los que tienen que amoldarse a las personas y no las personas a los derechos.

En tercer lugar, el modelo social en lugar de enfatizar las limitaciones personales, se orienta a potenciar las capacidades, la auto-

¹⁹ QUINN, G., y DENENGER, T., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 18.

Derechos Humanos y Discapacidad, cit., p. 12.

²⁰ *Idem*, p. 12.

²¹ COURTIS, CH., «Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos», cit., p. 7.

²² PALACIOS, A., *El modelo social*, 124.

mía y la independencia de las personas con discapacidad a las que sitúa como el centro de todas las decisiones que les afectan²³. Las personas con discapacidad se convierten en sujetos activos capaces de ejercer por sí mismos, sin sustituciones, los derechos de los que son titulares estableciendo para ello los apoyos que se consideren necesarios.

De este modo, el modelo social exige una nueva visión de la capacidad jurídica que tenga en cuenta, al menos, las siguientes dimensiones:

- 1) La capacidad jurídica no es algo «natural». Se trata de una construcción social que, a lo largo de la historia ha servido para excluir del mundo del Derecho y de los derechos a diferentes colectivos (las mujeres, las personas de una determinada raza, y las personas con discapacidad)²⁴.
- 2) Esta construcción social ha privilegiado cierto tipo de capacidades y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas «estándar», discriminando a aquéllos que no poseen plenamente tales capacidades o que las realizan de otro modo. Frente a esta visión, el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas (no hay una manera correcta de sentir, comunicarse o razonar, hay simplemente maneras diversas de hacerlo)²⁵.
- 3) La idea de «normalidad» no es más que un mito. La mayoría de las personas consideradas «normales» —y, por tanto, «capaces»— adoptan sus decisiones condicionadas por el contexto social, buscando el apoyo o consejo de los demás (expertos, amigos); no siempre toman sus decisiones de manera «racio-

²³ QUINN, G. y DENENGER, T., *Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., p. 12.

²⁴ Vid. DHANDA, A., «Advocacy Note on Legal Capacity», *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*, p. 1, http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP_Legal_Capacity.doc). También MINKOWITZ, T., «The paradigm of supported decision making», presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica (http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf).

²⁵ Vid. además de las referencias de la nota anterior, ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre la capacidad jurídica», antes citado y «Key elements of a system for supported decision making», *Inclusion Europe*, <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>.

nal», en ocasiones lo hacen por intuición, sin valorar las consecuencias de las mismas, y no siempre escogen aquéllas opciones más adecuadas etc.

- 4) La idea capacidad es un concepto «gradual» y «relativo»²⁶. La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces. Está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar sus planes de vida y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones.
- 5) La diferencia en las capacidades y las dificultades para su desarrollo pueden tener su origen no tanto en los rasgos de la persona (en una enfermedad, en un trastorno) como en la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico, sino también comunicacional, intelectual etc²⁷.

En definitiva, desde el modelo social no son las personas las que tienen que cambiar y superar sus «deficiencias» para merecer ser consideradas capaces, sino que es la capacidad jurídica la que tiene que cambiar y adaptarse a la situación de las personas con discapacidad²⁸. Dicha adaptación debe materializarse a través de las herramientas con las que cuenta en general el modelo social para erradicar las barreras que afectan a las personas con discapacidad: la accesibilidad universal y los ajustes razonables²⁹. Se trata de herramientas que, al igual que sucede en general con el modelo social, están suficientemente aceptadas y gozan de un relativo desarrollo en el ámbito de la discapacidad física o sensorial, pero no tanto en lo que respecta a la discapacidad mental o intelectual.

La accesibilidad de los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las per-

²⁶ QUINN, G., «An ideas paper on Legal Capacity», «An ideas paper on Legal Capacity», *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>. y ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre la capacidad jurídica».

²⁷ Idem.

²⁸ MINKOWITZ, T., «The paradigm of supported decision making», cit.

²⁹ Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD» adoptados por la International Disability Alliance (IDA), <http://www.internationaldisabilityalliance.org>.

sonas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos³⁰. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un ajuste razonable, que en este caso consiste en un apoyo personalizado, adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica³¹. Ello implica que un tercero interviene en la esfera de toma de decisiones de la persona. Pero esta intervención tiene un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo médico. La intervención del tercero no consiste en decidir por la persona sustituyendo. De lo que se trata es de acompañar la decisión, en ayudar a la persona a decidir de acuerdo con su voluntad y con sus preferencias. En ciertas situaciones es posible que el apoyo requerido por la persona sea muy intenso y que su voluntad o preferencias pueden ser muy difíciles de detectar pero ello no es óbice para no esforzarse en encontrarlas. Desde enfoque social se pasa, por tanto, de un modelo de sustitución en la toma de decisiones que limita la autonomía de las personas con discapacidad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones que promueve y potencia dicha autonomía en la mayor medida posible³².

De todo lo anterior se desprende que el modelo social se orienta a dar acceso real efectivo y pleno a las personas con discapacidad a las libertades de las que disfrutaban las demás personas³³ considerando a los miembros de este colectivo como auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones.

Como señalé al comienzo, la adopción de la CIDPD, un tratado amplio, temático e integral inspirado en la filosofía del modelo social y que aborda la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, es consecuencia de tomarse en serio esta consideración. En efecto, esta Convención, que acaba con la invisibilidad de la discapacidad en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁴, contempla a la persona con discapacidad como sujeto «pleno»

³⁰ MINKOWITZ, T., «The paradigm of supported decision making», cit. y «Advocacy note on Legal capacity» (by World Network of Users and Survivors of Psychiatry), Discusión general sobre el art. 12, 21 de octubre de 2009 (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>).

³¹ ASÍS ROIG, R. de, «Sobre la capacidad», ya citado.

³² PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 286.

³³ QUINN, G. y DENENGER, T., *Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., p. 11.

³⁴ Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni los Tratados que integran el núcleo duro del sistema de protección de los derechos de las Naciones Unidas,

y en este sentido declara como su objeto «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*» (art.1). La idea de dignidad, y más en específicamente, de igual dignidad se resalta también en los principios que se proclaman en su art. 3.

También en la línea del modelo social la CDPD considera que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las deficiencias —elemento médico e individual— con barreras de diversa naturaleza —elemento social— que pueden impedir la participación de las personas en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás³⁵. Siguiendo en esta senda, la Convención reconoce un amplio catálogo de derechos de diverso tipo —desde derechos individuales y civiles, pasando por los derechos de participación, hasta derechos económicos sociales y culturales³⁶— que adapta al contexto específico de la discapacidad. En efecto, la CDPD no reconoce nuevos derechos de los que sean sujetos exclusivos las personas con discapacidad, sino que trata de extender o *generalizar* en la práctica el goce y ejercicio de *los derechos* universalmente reconocidos, teóricamente también a las personas con discapacidad, a este colectivo *especificando* los contenidos. En este sentido, los derechos reconocidos en la Convención rellenan o completan los derechos abstractamente formulados en otros instrumentos internacionales o en las Constituciones nacionales con dimensiones adicionales, condiciones de ejercicio, garantías extra, medidas instrumentales etc. que es necesario incluir para hacer realidad su disfrute en igualdad de oportunidades por parte de las personas con discapacidad. Ello supone, en definitiva, hacer acces-

a excepción de la Convención sobre los Derechos del Niño se refieren expresamente a las personas con discapacidad.

³⁵ PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 323. La Convención reconoce en su Preámbulo que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» y entiende en su art. 1 que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

³⁶ Vid. un estudio y clasificación de estos derechos en PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, antes citado.

bles los derechos y ajustarlos razonablemente a la situación de las personas con discapacidad³⁷.

Así, el principio de igualdad y no discriminación, que adquiere una importancia central en la Convención interactúa además con cada uno de los derechos en ella reconocidos³⁸. Este instrumento internacional contempla «cualquier distinción, exclusión o restricción» «por motivo de discapacidad» que tenga «el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo»³⁹ no como un efecto natural de la discapacidad no deseable, pero inevitable sino como una discriminación que los Estados tienen la obligación de prohibir y erradicar (art.5.2).

La Convención insiste en el Preámbulo y en sus principios en la importancia de la autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. En consonancia con esta idea su art. 19 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad y el controvertido art. 12, que suscitó durante la negociación de la CDPD y aún hoy suscita importantes controversias acerca de su significado⁴⁰, obliga a los Estados a reconocer que las personas con discapacidad tienen «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» y a adoptar «todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» La exigencia de igualdad en la capacidad jurídica y el consecuente reemplazo del modelo de sustitución en la toma de decisiones, que supone una limitación de tal capacidad y por tanto del ejercicio de derechos, por un modelo de apoyo, que implica promover tal capacidad y, con ello, potenciar las

³⁷ La Convención define los ajustes razonables en su art. 2 y contempla la accesibilidad como principio en el art. 3 y como derecho en el artículo 9.

³⁸ PALACIOS, A., *El modelo social*, cit., p. 270.

³⁹ Art. 2.

⁴⁰ En efecto, las discusiones en torno a este artículo estuvieron a punto de provocar que la Convención se aprobase con una nota al pie de página que, finalmente, fue eliminada. Y posteriormente han sido varios los Estados que han formulado reservas a la Convención cuya adecuación al Derecho de los Tratados es discutida en cuanto irían en contra de su espíritu y finalidad.

oportunidades de ejercicio de los derechos⁴¹, constituyen las claves para posibilitar que las personas con discapacidad puedan elegir y desarrollar sus propios planes y proyectos de vida. Con ello, la persona con discapacidad adquiere el estatus de auténtico sujeto de derechos, ahora sí, en igualdad de condiciones.

⁴¹ Vid. sobre el significado de este artículo, QUINN, G., «An ideas paper on Legal Capacity», cit.; «Key elements of a system for supported decision making», *Inclusion Europe*, cit., PALACIOS, A., «Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD» (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008), BARIFFI, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU» en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, «Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD» de 21 de junio de 2008, www.internationaldisabilityalliance.org, DHANDA, A., «Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar from the Future?», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, p. 431, CUENCA GÓMEZ, P., «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad», *Derechos y libertades*, n.º 24, 2011, pp. 221-257.

LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DESASTRES INTERNACIONALES

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO:—1. Los desastres internacionales y la evolución del Derecho internacional.— 2. Los desastres internacionales, la protección de las personas y la cuestión de la subjetividad internacional.—3. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección de las personas en casos de desastre.

1. LOS DESASTRES INTERNACIONALES Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un desastre o catástrofe internacional es, según la noción académica adoptada en 1995 en un grupo de trabajo del Centro de Investigaciones de la Academia de Derecho Internacional de la Haya:

«Acontecimiento a menudo imprevisible, o situación durable, que produce daños inmediatos o diferidos a las personas, a los bienes o al medio ambiente, y de una amplitud tal que llama a una reacción solidaria de la Comunidad nacional o/e internacional».

Por su parte el preámbulo de la ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil (BOE n.º 22 de 25-01-85) indica que la protección civil se da en relación con la «protección física de las personas y de los bienes en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente».

Para el Comité de redacción de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas un desastre se puede definir como:

«Un evento o serie de eventos calamitosos que ocasionan numerosas víctimas, grave infortunio y grandes sufrimientos humanos o daños

materiales o ambientales o a gran escala, con la consiguiente perturbación grave del funcionamiento de la sociedad»¹.

Desde la perspectiva internacional *no existe una noción jurídica internacional universalmente aceptada, aunque hay diversas definiciones*. Así, por ejemplo el *Convenio de Tampere de 1998* define una catástrofe como una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que supone una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, los bienes o el medio ambiente, con independencia de que el desastre sea ocasionado por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y de que sobrevenga súbitamente o como el resultado de un proceso dilatado y complejo (art. 1. 6 del *Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y operaciones de socorro en caso de catástrofe*, adoptado el 18 de junio de 1998).

Por su parte el art. 1. 3 del *Acuerdo de ASEAN sobre la gestión de desastres y la respuesta a las emergencias* (que no está en vigor) establece que un desastre es una «alteración grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad que causa pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales de gran alcance». El *Código de Conducta para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (1995) se indica que un desastre es: «Un hecho calamitoso que provoca pérdida de vidas, grandes sufrimientos y aflicciones humanas, y daños materiales a gran escala».

Cuando se produce un desastre internacional los que tienen la competencia jurídica para reaccionar son los sujetos de derecho. Los que tienen la responsabilidad primordial de reaccionar son los Estados. Pero también tienen relevancia otros sujetos y actores, como veremos. Además, en los desastres aparecen otras nociones relevantes que merecen algún comentario, tales como las de Humanidad, Comunidad Internacional, individuos, organizaciones no gubernamentales, pueblos etc.. Muy brevemente cabe señalar algunas consideraciones.

La *Humanidad* puede verse afectada por algunos desastres. Pero la Humanidad no es un sujeto de derecho, si bien puede considerar-

¹ Texto del art. 3 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción de Naciones Unidas, sobre *Protección de las personas en casos de desastre*, A/CN.4/L. 758, Comisión de Derecho internacional, 24 de julio de 2009.

se una noción que tiene relación con algunos objetos protegidos. Así cuando se habla de intervención de humanidad, crimen contra la humanidad, enviado de la humanidad, patrimonio de la humanidad etc... El sentido de estas expresiones es comunitario, colectivo y solidario, lo que tiene relevancia en los desastres. Como hemos visto las nociones de intervención de humanidad o de crimen contra la humanidad pueden ser relevantes.

La noción de *Comunidad internacional* hace referencia al conjunto de Estados. El ente o sujeto que puede representar a la Comunidad internacional no existe en cuanto tal, pero cuando una mayoría de Estados se pronuncian en un sentido de algún modo representan a la Comunidad internacional. El ente más próximo a ello son las Naciones Unidas.

Mayor relevancia tienen en los desastres las *Organizaciones no gubernamentales*. La emergencia de las ONGs, de la sociedad civil internacional, en el marco de los desastres es muy notable. Antiguamente las ONGs internacionales tenían un papel internacional. Así, cabe destacar a los movimientos sufragistas o abolicionistas de la esclavitud. Pero en la actualidad se ha multiplicado de manera exponencial el papel que realizan las ONGs y que cabe ver en diversas dimensiones.

De un lado las ONGs son un motor de cambio de las instituciones y normas actualmente vigentes. En el ámbito de los desastres una gran parte de las «normas de referencia» hasta el momento son códigos de actuación impulsados por ONGs como Cruz Roja u otras. Estos códigos están siendo muy útiles como puntos de referencia y elementos de la práctica internacional en el desarrollo de un cuerpo normativo en materia de desastres. Además, las ONGs son una pieza clave en la respuesta operativa frente a los desastres en la medida en que muchos proyectos impulsados por los organismos internacionales y los Estados son puestos en marcha por Organizaciones no gubernamentales. Constituyen el tejido de la cooperación humanitaria.

Desde la perspectiva histórica cabe recordar el papel que hicieron las órdenes de caballería, como la Orden de Malta, creada en 1080; o, más recientemente lo más destacable es la Cruz Roja creada por Henri Dunant. La importancia del socorro internacional en casos de desastre es notoria desde el siglo XX, y ha empezado a tener relevancia en el Derecho internacional a efectos de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas.

El papel de los Estados y de las Organizaciones internacionales es también muy relevante en cualquier desastre internacional pues el primero tiene la responsabilidad primordial —como vimos— y las segundas son el principal instrumentos de cooperación internacional ante los desastres.

Finalmente las personas aparecen como las principales víctimas de los desastres, tanto en términos de vidas humanas como en pérdida de sus bienes y condiciones de vida.

Los intentos de codificación del Derecho internacional en materia de desastres, que pretendían impulsar una convención internacional, no han funcionado². Así, el Presidente de la Comisión de Derecho Internacional (Sr. Laurel Francis) estuvo al frente en 1984 un grupo de trabajo que examinó un *proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia*, que el Consejo Económico y Social no impulsó. Posteriormente, hubo varias iniciativas fracasadas, que no tuvieron mayor trascendencia. Ahora bien, el que no exista una convención general universal no implica que no haya multitud de normas aplicables en virtud de otros convenios o regímenes.

En este sentido, hay que destacar la existencia instrumentos jurídicos obligatorios y de *soft law* (no vinculantes), tanto universales como regionales.

Desde la perspectiva universal destacan dos instrumentos jurídicos convencionales. El Convenio de Tampere sobre el Suministro de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Caso de Catástrofe, de 18 de junio de 1998, y el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil, de 2000, —que entró en vigor en 2001—. Desde la perspectiva regional hay múltiples acuerdos y memorandos. Destacan diversos acuerdos regionales así como unos 150 acuerdos bilaterales y memorandos de entendimiento y más de 100 leyes nacionales que regulan la prevención y la respuesta en casos de desastre³.

² Sobre esto véase el *Memorando de la Secretaría sobre Protección de las personas en casos de desastre*, de 11 de diciembre de 2007, p. 10, nota a pie 11.

³ Vid. sobre esto *Memorando de la Secretaría sobre Protección de las personas en casos de desastre*, cit., pp. 13 ss pár 7 ss.

2. LOS DESASTRES INTERNACIONALES, LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS Y LA CUESTIÓN DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL

En 2002 el grupo de planificación de la Comisión de Derecho internacional creó el grupo de trabajo sobre el programa a largo plazo, presidido por Alain Pellet. En 2004 Maurice Kamto presentó una propuesta sobre protección internacional de personas en situaciones críticas. La división de codificación de la Oficina de asuntos jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas⁴ presentó una propuesta en 2006 al Grupo de trabajo sobre el «Derecho relativo al socorro internacional en casos de desastre». El grupo de planificación recomendó la inclusión del tema «Protección de personas en casos de desastre». No existen documentos oficiales que permitan conocer las razones de este cambio.

En 2007 la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró relator especial al Sr. Eduardo Valencia-Ospina. Los trabajos tiene por objeto elaborar una serie de disposiciones que sirvan de marco jurídico para las actividades de socorro internacional en caso de desastre, tanto desde la perspectiva de las normas consuetudinarias existentes como del desarrollo progresivo del Derecho internacional. Ha señalado el relator Valencia Ospina que dado el «estado amorfo del derecho relativo a la respuesta internacional en casos de desastre es especialmente difícil encontrar un equilibrio adecuado entre *lex lata* y *lex ferenda*»⁵; lo que resulte de los trabajos, probablemente un proyecto de artículos⁶ podrá plasmarse en un convenio internacional o en instrumentos de otra naturaleza (código de conducta, declaración, directrices, normas modelo etc..) en función del nivel de consenso entre los Estados.

El Derecho internacional se ha humanizado y ha evolucionado en el sentido de tener en consideración a las personas. Pero la cuestión

⁴ Sobre este iter ver *Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre*, Presentado por el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, 5 de mayo de 2008, p. 3, párr. 1.

⁵ Informe Preliminar Ospina, p. 23, párr. 59.

⁶ Así, en el Segundo Informe Ospina se indica que hubo un acuerdo provisional sobre el resultado final de la labor: aunque algunos Estados se mostraron partidarios de unas directrices no obligatorias, ninguno se opuso a qu la propuesta tuviese la forma de un proyecto de artículos cuya fuerza obligatoria se decidirá posteriormente. Segundo Informe Ospina, 7 de mayo de 2009, párr. 5.

de la subjetividad internacional del individuo sigue sin ser pacífica. El TIJ indicó, en 1949, que:

«los sujetos de Derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad (...) el crecimiento de las actividades colectivas de los Estados ha hecho surgir ejemplos de acciones emprendidas por determinadas entidades que no son Estados»⁷.

La evolución del Derecho internacional contemporáneo condujo a la aparición de nuevos sujetos, como las organizaciones internacionales y a planteamientos diversos sobre otros posibles sujetos, como la persona. Las aproximaciones doctrinales a la determinación de los criterios de subjetividad internacional son diversas. El prof. Pastor Ridruejo estima que es sujeto de Derecho internacional el que puede incurrir en responsabilidad por la violación de una norma y aquel que tiene calidad para reclamar frente a dicha violación⁸.

Las posiciones más exigentes sobre los criterios de subjetividad internacional⁹ estiman que sólo son sujetos de Derecho internacional aquellas entidades que tienen la capacidad de concluir tratados, de establecer relaciones diplomáticas y de participar en los mecanismos generales de la responsabilidad internacional. Esta posición coincide con las doctrinas voluntaristas clásicas, que denegaban la posibilidad de que las personas privadas tuviesen reconocida una personalidad, como evidencia la institución de la protección diplomática¹⁰. Las personas privadas eran objetos, no sujetos del ordenamiento.

⁷ *Asunto de la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Dictamen de 11 de abril de 1949, TIJ, Rec.1949, pp.178-179.

⁸ PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Cours général de droit international public», RCADI, 1998, cit., pp. 109-110; vid. también de este autor *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, quinta edición, p. 210.

⁹ DOMINICĚ, C., «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 147 ss, en especial, p. 161 ss.

¹⁰ En este sentido en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina*, de 1924, el TPJI señaló que «al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional este Estado hace, a decir verdad, hacer valer su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus nacionales el Derecho internacional» (sentencia de 30 de agosto de 1924, seie A, n.º 2, p. 12) Vid. sobre esto PELLET, A., «Le Droit international à l'aube du XXIème siècle»,

En el Derecho internacional contemporáneo el individuo es destinatario y beneficiario de reglas internacionales (por ejemplo, en materia de derechos humanos), las reglas internacionales le imponen obligaciones y (por ejemplo, en materia de piratería, tráfico de estupefacientes, represión del terrorismo, crímenes contra la humanidad) y le atribuyen responsabilidad internacional, a veces incluso legitimación activa reconocida en convenios internacionales, existiendo además procesos de integración donde las obligaciones jurídicas tienen como destinatarios directos a las personas privadas (por ejemplo, en la Comunidad Europea).

Por su parte, el prof. Pérez González, desde la perspectiva de la capacidad de actuar (aptitud para hacer valer el derecho reconocido ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de la obligación) estima que, en ese plano, es preciso reconocer que el individuo no puede ser reconocido, en el actual estadio de evolución de la sociedad y el orden internacionales, como sujeto de Derecho internacional¹¹, aunque admite una tendencia a reconocer una cierta personalidad jurídica internacional del individuo, si bien sujeta a fuertes restricciones.

El individuo no es un sujeto con capacidad general en el Derecho internacional, pero los avances del ordenamiento permiten a nuestro juicio considerar que tiene una *subjetividad objetiva, limitada y funcional*. Es verdad que la misma no siempre es eficaz como consecuencia de los rasgos descentralizados e interestatales del ordenamiento, por lo que tiene que producirse un conjunto de postulados previos.

Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional, vol. 1, 1997, Aranzadi, Cardona, J., (Dir.), 1998, pp. 83 ss. Vid. también sobre la subjetividad del individuo en Derecho internacional general, ARANGIO RUIZ, G., «L'individuo e il diritto internazionale», *RDI*, 1971/4, pp. 561-608; SPERDUTI, G., «L'individu et le droit international», *RCADI*, vol. 90, 1956-II, pp. 733 ss. La posición más restrictiva sobre la subjetividad del individuo es probablemente la de Dominice. Véase: DOMINICE, C., «L'émergence de l'individu en droit international public», *L'ordre juridique international entre tradition et renouveau*, IUHEI, Puf, París, 1997, pp. 109-124; Vid. también del mismo autor en la misma recopilación de artículos, «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», pp. 57-79.

¹¹ Aunque admite, siguiendo al prof. Díez de Velasco que así pueda llegar a ser en función de la influencia que el derecho de las organizaciones internacionales tenga en la evolución del Derecho internacional general. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «LA subjetividad internacional (II): La personalidad internacional de otros sujetos», *Instituciones de Derecho internacional público*, M. Díez de Velasco, 12 edición, 1999, p. 252.

El individuo tiene subjetividad internacional, principalmente en el ámbito de los derechos humanos, pero también en otros sectores, como es en el marco de los *contratos de Estado*, donde los particulares concluyen con Estados convenciones que se rigen según distintas modalidades por el Derecho internacional¹².

Por otro lado cabe reconocer al individuo una *subjetividad activa convencional* y una *subjetividad pasiva general*¹³. La primera tiene que ver con la posibilidad de un individuo de demandar a un Estado por violación de Derechos humanos que tiene internacionalmente reconocidos, lo cual es algo que si bien está bastante limitado, se ha ido desarrollando de manera importante en el Derecho internacional contemporáneo¹⁴ como responsable penal internacional por la comisión de determinados crímenes internacionales y como titular de un patrimonio jurídico en el que se incluyen derechos reconocidos internacionalmente (en el ámbito convencional y consuetudinario) frente a cualquier Estado, con independencia del consentimiento y

¹² El elemento central de la teoría de Leben en su concepción de los contratos de Estado como actos internacionales es que el individuo, como sujeto con capacidad limitada en derecho internacional tiene la posibilidad de acudir unilateralmente a una jurisdicción internacional para resolver el litigio con el Estado. Este autor rechaza la posición de principio de que un individuo no podría acudir a una jurisdicción internacional, a la luz de la práctica. Por lo que se refiere al CIRDI lo considera una jurisdicción internacional. Fue creado por tratado, su procedimiento está establecido en el tratado, aplica el DI, trata cuestiones internacionales y dispone de recursos específicos establecidos en el tratado. A la luz de todo ello Leben concluye (p. 152) que los tribunales CIRDI son una nueva forma de jurisdicción internacional: una jurisdicción de DI que no resuelve controversias entre Estados sino entre Estados y personas privadas. Asimismo califica de internacionales a las jurisdicciones ad hoc que funcionan según un procedimiento regido por el DI, cuando aplican principios de DI a litigios que pertenecen a la esfera del DI. Vid. LEBEN, C., «Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat», *Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20eme siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Université de Boulogne, CNRS, 2000, vol. 20, pp. 119-175.

¹³ Algunos autores, como CAFLISCH, se refieren al individuo como «sujeto parcial del derecho de gentes», *Réflexions sur la création d'une Cour criminelle internationale, Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, Kluwer, VVAA, 1996, pp. 859 ss, p. 859.

¹⁴ Vid. sobre esto y su conexión con la subjetividad del individuo en el Derecho internacional de los derechos humanos, CANÇADO TRINDADE, A.A., «The procedural capacity of the individual as subject of international human rights law: recent developments», *Les droits de l'homme à l'aube du XXI siècle*. Karel Vasak Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 522-544, p. 522 y 542.

de criterios de reciprocidad, en relación con el denominado estándar mínimo¹⁵.

3. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

En el marco de los desastres aparecen nuevas consideraciones sobre la posición del individuo en el orden internacional, que pasamos a ver. Y ello porque ante un desastre las principales víctimas son las personas, lo que ha hecho que el Derecho se oriente hacia su protección, si bien como veremos todavía en un estado algo incipiente. En todo caso es difícil considerar que cambia la posición jurídica del individuo en la sociedad internacional. Ahora bien, no cabe duda de que se transforma la orientación del ordenamiento en la idea de proteger a las personas que son víctimas de desastres. El derecho internacional ha evolucionado en relación con los desastres/catástrofes, si bien la evolución es todavía lenta.

En poco tiempo el relator ha ido haciendo los estudios necesarios sobre el tema, sobre los que cabe señalar las siguientes consideraciones:

El *título* —protección de las personas en caso de desastre— sugiere (I. Preliminar pár. 12) que los trabajos se deben hacer desde la perspectiva de la persona que es víctima de un desastre, y que debe realizarse un enfoque basado en los derechos. Ello no obstante por el momento en los casi 3 años de reflexión, debates y propuestas nada sugiere que estos trabajos puedan alterar la posición subjetiva del individuo en el Derecho internacional.

Las normas a tener en cuenta pertenecen a varios sectores y, muy en particular, el Derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, lo que evidencia la relevancia de los mismos desde la perspectiva del individuo.

¹⁵ Hay un principio general de responsabilidad individual penal internacional por la comisión de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad (o de más grave trascendencia para la Comunidad internacional), que no se limita sólo a los reconocidos en el estatuto de Tribunal penal internacional permanente (1998) o en los del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborado por la CDI (1996). Este principio implica un cierto grado de subjetividad.

En situaciones de desastre, indica Valencia Ospina (I. Preliminar, párr. 26) hay varios derechos humanos que revisten especial importancia como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y los servicios médicos, el derecho a la alimentación, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a la vivienda, vestido y saneamiento, y el derecho a no ser discriminado. Además, son relevantes las normas del Derecho internacional humanitario y las normas sobre refugiados y desplazados internos. En los desastres son aplicables muchos de los instrumentos que indicamos en epígrafes anteriores. En casos de desastre también hay que tener en cuenta las normas que protegen a grupos vulnerables y, en particular, los derechos del niño. Del mismo modo otro aspecto a tener en cuenta son normas relativas a la gestión de la tierra, de los fondos y a la lucha contra la corrupción.

El ámbito *rationae materiae* de los trabajos de codificación es la *protección de las personas*. Esa noción, indica Valencia-Ospina¹⁶, tiene relación no tanto con una categoría jurídica particular (personas en desastres) cuanto con necesidades específicas relacionadas con el principio de humanidad, que subyace a toda acción humanitaria.

Por lo que se refiere a la noción de *protección* el relator plantea la cuestión de si es comparable a las nociones más clásicas de respuesta, socorro o asistencia. A juicio del relator el concepto de protección puede entenderse como incluyente de los conceptos más específicos de respuesta, socorro o asistencia. Asimismo distingue entre protección *sensu amplo* y *estricto* (enfoque basado en derechos)¹⁷, el concepto de protección de las personas alude —indica Valencia Ospina, párr. 52— a una relación especial entre personas que han sido afectadas por desastres y sus derechos y obligaciones en ese contexto. En un desastre puede que se apliquen a las personas varios regímenes, como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional de los refugiados, por ejemplo; y, además, se aplican orientados por principios humanitarios, así como teniendo en cuenta los principios sectoriales indicados de humanidad, imparcialidad, neutralidad, no discriminación, soberanía y no intervención. Ha habido entre las delegaciones un acuerdo de excluir del ámbito el régimen de los conflictos armados;

¹⁶ Vid. Informe Preliminar Ospina, p. 19, párr. 50 ss.

¹⁷ Informe preliminar Ospina, pp. 19-20, párr. 51.

también ha habido bastantes dudas sobre la distinción entre catástrofes naturales y humanas¹⁸.

En todo caso para la CDI es importante realizar los trabajos desde un «enfoque basado en los derechos», siguiendo la estela que se ha utilizado en el «desarrollo». Se trata de utilizar un método y una terminología basada en derechos. Por lo demás en este ámbito cabe tener en cuenta la existencia de dos ejes diferenciados: los derechos y obligaciones de los Estados entre sí; y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas que necesitan protección¹⁹.

Por lo que se refiere al alcance *rationae temporis* de los trabajos, y a pesar de estar solo en fase inicial, el relator considera conveniente una cobertura que incluye prevención, mitigación, rehabilitación. Ahora bien en las diferentes conversaciones entre las delegaciones hasta el momento solo ha habido consenso en incluir la respuesta y rehabilitación frente a un desastre pero no tanto la preparación previa.

Finalmente en cuanto al alcance *rationae personae* hay que tener en cuenta que en las actividades de socorro participan tanto los Estados como las organizaciones internacionales y las Organizaciones no gubernamentales.

¹⁸ Segundo Informe Ospina, párr. 5.

¹⁹ Segundo Informe Ospina, párr. 19.

LOS INMIGRANTES COMO COLECTIVO: ¿SON SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL?

ROSANA GARCIANDÍA GARMENDIA
Universidad de Murcia

SUMARIO:—1. Marco general.—2. Las migraciones voluntarias.—3. Las migraciones forzadas.—4. ¿Subjetividad internacional o protección?—5. Consideraciones finales.

1. MARCO GENERAL

A lo largo de la historia, las gentes han intentado emigrar de una tierra a otra por diversos motivos. Cuando esas migraciones se producen con cierta asiduidad o en masa, surge la necesidad de regularlas jurídicamente, para beneficio de quienes emigran y de las sociedades que los reciben. Así pues, se puede calificar a los inmigrantes como uno de los colectivos protegidos por el Derecho, tanto a nivel nacional como internacional.

Sin embargo, del hecho de que sean un colectivo protegido por el Derecho internacional no se deriva su reconocimiento como sujeto de Derecho internacional. El sujeto del Derecho internacional por excelencia es el Estado. Se reconoce también subjetividad internacional a las organizaciones internacionales. Además, a algunos colectivos e individuos se les reconoce una cierta subjetividad internacional en determinadas situaciones. A continuación, analizaré el caso concreto de los inmigrantes como colectivo, para ver si se puede decir de ellos que tienen subjetividad internacional. Para eso, es preciso conocer el marco general del Derecho internacional en materia de migraciones.

Partiendo de la idea de que cada Estado es soberano sobre su territorio, lo primero que nos debemos preguntar es si existe o no el derecho a emigrar. En este sentido, se puede afirmar que existe el

derecho a salir del país de origen y a regresar a él. Este derecho lo regula el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que:

«Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país».

No obstante, para que ese derecho se pueda hacer efectivo, se necesita que exista también el derecho a ser recibido en otro país. Y eso no lo reconoce el Derecho internacional. Es cierto que el mismo artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su apartado 1, contempla que «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado». Pero eso no significa que los Estados tengan la obligación de recibir a aquellas personas que quieran ejercer el derecho contemplado en el art. 13.2. Simplemente significa que quienes hayan sido aceptados como residentes de un Estado tendrán libertad de circulación y residencia dentro del mismo.

Así pues, el derecho de una persona a salir de su país entra en colisión con la soberanía del Estado, principio básico del Derecho internacional, por el que cada Estado decide quién puede entrar en su territorio soberano y en qué condiciones. Por tanto, se puede afirmar que no existe el derecho a ser recibido en otro país, sino que es cada Estado el que, en el ejercicio de su soberanía, decide en qué circunstancias se permite el acceso de los inmigrantes.

Ese es el motivo por el que cada Estado tiene una legislación propia al respecto. Los intentos de unificar legislaciones para un grupo de Estados no han sido tarea fácil. En el seno de organizaciones regionales como la Unión Europea, se han hecho avances en este sentido, tratando de unificar las políticas migratorias o los regímenes de extranjería, pero la tónica general sigue siendo que cada Estado regule de manera interna las cuestiones relativas a la inmigración.

Aclarado el punto de partida, hay que diferenciar distintos tipos de migraciones que llevan consigo una regulación y una problemática diferente. Se podrían dividir en dos grandes grupos: las migraciones voluntarias y las migraciones forzadas.

2. LAS MIGRACIONES VOLUNTARIAS

En general, se puede afirmar que existe una tendencia natural en el ser humano a buscar continuamente unas mejores condiciones para el desarrollo personal y familiar que, en definitiva, le permitan alcanzar la felicidad. Por eso, las causas por las que una persona puede decidirse a cambiar su país de residencia son muy variadas.

Se pueden distinguir varios grupos de migrantes, por su perfil específico. El primero de ellos es el grupo de los estudiantes, que se trasladan a otro país para formarse, ya sea para estancias breves o para periodos más prolongados. Iniciativas como el Espacio Europeo de Educación Superior no hacen sino constatar que esta tendencia va en aumento, y que un estudiante que se ha forjado una preparación en distintos sistemas educativos, absorbiendo conocimiento de diferentes sociedades y asimilando diferentes patrones culturales y profesionales, estará mejor preparado para entrar en el mundo laboral.

En lo que respecta a las normas aplicables a los estudiantes para obtener los permisos pertinentes y poder acceder al país en que desean cursar sus estudios, cada Estado regula qué requisitos debe cumplir un estudiante para poder residir en su territorio, y analiza si esos requisitos se cumplen o no. La Unión Europea ha regulado algunos aspectos comunes a todos los países en la Directiva del Consejo 2004/114 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

El segundo grupo de migrantes voluntarios, y se podría decir que el grupo mayoritario, es el de los trabajadores migrantes (*migrant workers*). Cada Estado controla la emisión de permisos de trabajo y residencia para estos migrantes, en función de las posibilidades de su mercado de trabajo. Además, es preciso tener en cuenta que estos trabajadores migrantes se integran en el sistema económico a todos los efectos: contribuyen a la economía del país con sus impuestos y sus contribuciones al sistema nacional de servicios sociales, y asimismo se benefician de las prestaciones que dicho sistema nacional ponga a disposición de los trabajadores y sus familias.

Al igual que ocurre con los estudiantes, los Estados regulan a nivel nacional muchos de los aspectos normativos de la admisión de

los trabajadores migrantes en su territorio. Además, a nivel regional, se han desplegado normativas bastante detalladas sobre el particular. En el ámbito europeo, la Directiva 2003/109 del Consejo regula las condiciones y procedimiento para la obtención del estatuto de residente de larga duración. Además, la Directiva 2005/36 del Parlamento Europeo y del Consejo regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales, y existen múltiples reglamentos y decisiones en relación con el desempleo de los trabajadores fronterizos, o las prestaciones de seguridad social, entre otros asuntos. En otros ámbitos regionales, cabe destacar el Instrumento Andino de Migración Laboral (Decisión 545).

A nivel internacional, es la Organización Internacional del Trabajo la que ha aglutinado los esfuerzos por elaborar una legislación vinculante para los Estados que garantizase una serie de derechos a los trabajadores migrantes. Así, aprobó el Convenio número 97 relativo a los trabajadores migrantes¹, el Convenio número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes², y varias recomendaciones en la misma línea. Además, en el seno de las Naciones Unidas es necesario mencionar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en vigor desde 2003.

El tercer y último grupo de migrantes voluntarios es el de los niños y ancianos que emigran siguiendo a los trabajadores migrantes. Su traslado suele responder a la figura de la reunificación familiar, que trata de preservar, por encima de las circunstancias particulares de cada caso, la unidad familiar como núcleo esencial de la construcción de la sociedad. La ya citada Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares regula algunos aspectos importantes, al igual que lo hacen las normas internacionales que protegen los derechos de los niños y de los ancianos respectivamente. A nivel regional, en la Unión Europea la norma de referencia es la Directiva 2003/86 del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. También la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño hace referencia a la protección de este tercer grupo.

¹ En vigor desde 1952.

² En vigor desde 1978.

3. LAS MIGRACIONES FORZADAS

Existen supuestos en que, a diferencia de aquellas personas que deciden voluntariamente emigrar, los ciudadanos de un país se trasladan a otro por motivos ajenos a su voluntad. Se trata de los asilados y refugiados.

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que «En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». Se pueden distinguir tres tipos de asilo: el asilo territorial, el asilo diplomático y el asilo neutral. El más importante de los tres en materia de migraciones es el asilo territorial, sobre el que se pronunció la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2312 de 14 de diciembre de 1967. El asilo territorial lo concede un Estado a personas de otro Estado. Se concede a personas concretas, que sufran una persecución individualizada, y que sean perseguidas por motivos políticos, ideológicos o de conciencia. En definitiva, el asilo territorial es la protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos, y cuya vida o libertad están en peligro en el Estado de procedencia³.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece que un refugiado es una persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país».

La idea que se recoge en esa Convención, y que subyace en el régimen de protección de refugiados y asilados, es que la protección de estas personas es de interés tanto para el protegido como para la comunidad internacional en su conjunto. En cualquier caso, no hay que olvidar que también en este caso quien concede la protección es el Estado receptor, en una especie de concesión graciosa⁴. Con el paso de las décadas, la protección de estas personas cuya vida o libertad

³ DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A., QUOC DINH, N., *Droit international public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009, 8.ª ed., 1.709 pp., pp. 749-751.

⁴ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15.ª ed., Madrid, 2006, 1176 pp., pp. 605 y ss.

están en peligro en el Estado de procedencia se ha asumido como algo necesario y natural.

En lo que se refiere a las causas que se pueden englobar dentro de este tipo de migración, hay una que tiene especial interés, por su habitualidad. Se trata de la pobreza extrema del país de origen, o de sus dificultades socio-económicas. La doctrina clásica ha venido entendiendo que conceptos como el asilo o el refugio estaban más vinculados a cuestiones políticas que a una situación de pobreza extrema que «obliga» a los ciudadanos a buscar otro lugar para vivir⁵. Sin embargo, en los últimos años, desde instituciones como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados se ha comenzado a hablar de las migraciones mixtas, es decir, aquellas que son impulsadas por un conjunto de causas entre las que se encuentran la persecución, el conflicto, otras violaciones a los derechos humanos, los desastres naturales o económicos, la pobreza extrema y en último término la aspiración humana de una vida mejor⁶.

Generalmente los Estados consideran estos movimientos como una amenaza a su soberanía y seguridad. Del mismo modo, existe una clara amenaza para quienes emigran por estos motivos, porque muchos de ellos son víctimas de las redes de tráfico de personas. Por todo ello, ACNUR ha redactado el llamado Plan de Acción de los 10 Puntos. En él, aboga por la cooperación entre lo que denomina socios clave, esto es, los Estados afectados, las instituciones gubernamentales, las organizaciones regionales, las organizaciones internacionales con mandatos relevantes, como ACNUR, UNICEF o la OIM, y las ONGs locales e internacionales. El citado Plan de acción hace también hincapié en la importancia de una regulación respetuosa con los derechos humanos en materia de recepción y retorno.

En ese sentido, uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la comunidad internacional en materia de migraciones es la llega-

⁵ KHAN, S. A., «Legal problems relating to refugees and displaced persons», *Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya*, vol. 149, n.º 1, 1976, pp. 287-352; BAYEFESKY, A. F., *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, 598 pp.

⁶ ACNUR (Comité Permanente), «Las migraciones mixtas y su relación con los éxodos de refugiados, incluyendo la repatriación de las personas que no requieren de protección internacional, así como la facilitación del retorno en su dimensión mundial», EC/48/SC/CRP.29, 25 de mayo de 1998.

da de inmigrantes ilegales por las costas, produciéndose verdaderas situaciones de crisis humanitaria, como ha podido ocurrir en España, en las costas canarias o en el sur de la península⁷. A este respecto, el plan de los diez puntos establece que «en relación con la migración marítima irregular, un conjunto de consideraciones especiales sobresale, incluyendo salvaguardar las vidas en alta mar, respetar las obligaciones del derecho marítimo, mantener la integridad del régimen de búsqueda y rescate, y garantizar un tráfico marítimo fluido».

Igualmente, para el caso en que no se conceda la protección como refugiado a una persona, el plan de los diez puntos establece que ACNUR puede apoyar a los Estados en el retorno de personas que no están necesitadas de protección internacional, cuando ésta sea la respuesta más apropiada. No obstante, en determinadas circunstancias, se prevé la posibilidad de que esas personas no reúnan los criterios para obtener la condición de refugiado pero puedan acceder a otras opciones migratorias temporales alternas. Se trata de ofrecer a la persona diferentes maneras de permanecer legalmente en el país de arribo o trasladarse a un tercer país, «por motivos humanitarios o por razones de trabajo, educación o reunificación familiar».

En el caso de las personas a las que se reconozca protección como refugiado, se prevén tres soluciones posibles: la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento. Todas ellas se tienen que considerar a través de un enfoque integral, que dé al refugiado una posibilidad real de desarrollo personal y social pleno.

Un ejemplo ilustrativo de que los inmigrantes son un colectivo protegido por el Derecho internacional es el siguiente. El pasado mes de febrero, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presentó en Ginebra, ante el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, un dictamen en el que pedía la abolición de los Centros de Internamiento de Extranjeros por considerarlos ilegales. El dictamen consideraba que la detención administrativa, en los casos en que no se ha procedido a la expulsión, ha sido violatoria del derecho a la libertad y a la seguridad personal. Además, denunciaba las condiciones inhumanas de internamiento que sufren todas las personas extranjeras afectadas, así como frecuentes abusos y malos tratos.

⁷ Sobre este particular, cfr: RYAN, B., MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, 446 pp.

El Comité se pronunciaba acerca de este dictamen en su 2085 sesión, instando al Gobierno español a que elabore un reglamento de los CIE con la finalidad de uniformar su funcionamiento y así garantizar condiciones de vida, acceso a información, asistencia legal y atención médica adecuadas para los internos, así como el acceso de las organizaciones no gubernamentales de asistencia a dichos centros. Asimismo, recomendaba a España que tomase las medidas necesarias para garantizar, a los migrantes que han salido de un CIE y cuyo proceso de expulsión está pendiente, la protección de sus derechos básicos, la protección judicial y el acceso a un recurso efectivo, incluida la posibilidad de recurrir su orden de expulsión⁸.

4. ¿SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL O PROTECCIÓN?

Habiendo revisado las normas que protegen a los distintos grupos de inmigrantes en el ámbito internacional, es preciso preguntarse si eso implica que los inmigrantes, como colectivo, son sujeto de Derecho internacional en el sentido estrictamente jurídico de la expresión, o si por el contrario son únicamente un colectivo protegido por una serie de normas, titulares de ciertos derechos reconocidos por el ordenamiento internacional, pero sin subjetividad internacional.

La distinción es fundamental. En el Derecho internacional clásico, sólo se reconocía subjetividad internacional al Estado. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido una apertura en este sentido, entendiendo no sólo que las organizaciones internacionales también pueden ser sujetos de Derecho internacional sino también que, en determinados supuestos, se puede hablar incluso de la subjetividad internacional del individuo⁹.

El Tribunal Internacional de Justicia se pronunció sobre este particular en el asunto de Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1949, en el que refiriéndose a las organizaciones internacionales señalaba como requisitos para la

⁸ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del CEDR*, 78 período de sesiones, marzo de 2011, Fundamento 13.

⁹ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010, 831 pp., p. 187.

subjetividad internacional ser titular de derechos y obligaciones, haciendo especial hincapié en la capacidad para presentar una reclamación internacional por una vulneración de esos derechos.

En cuanto a la doctrina, Soerensen establece que es sujeto de Derecho internacional quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma, y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma. Debe existir, por tanto, legitimación activa para poder reclamar el incumplimiento de la norma de que se trate, y legitimación pasiva para sufrir responsabilidad por ese incumplimiento¹⁰.

Por su parte, Carrillo Salcedo define como sujetos del Derecho Internacional «aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su proceso de elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o de incurrir en responsabilidad si son ellos los que las infringen»¹¹. Esta definición añade a la legitimidad activa y pasiva del sujeto la necesidad de que éste participe en la elaboración de normas.

En definitiva, se podría decir que para que un individuo o grupo sea considerado sujeto de Derecho internacional, debe:

- ser titular tanto de derechos como de obligaciones,
- tener capacidad tanto para presentar una reclamación internacional por la vulneración de sus derechos como para responder por una vulneración que ha cometido,
- y participar en el proceso de elaboración de normas.

Veamos si el colectivo de los inmigrantes cumple con estos requisitos. En cuanto a si son titulares de derechos y obligaciones, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, son titulares de derechos, y como contrapartida también de obligaciones. La discusión en este sentido estaría en si esa titularidad la tienen como colectivo o la tiene cada individuo. Se puede afirmar que la titularidad de esos derechos

¹⁰ SOERENSEN, M., «Principes de droit international public: cours général», *Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya*, vol. 101, n.º 3, 1960, pp. 2-254, pp. 127 y ss.

¹¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 321.

y obligaciones es individual. No obstante, no hay que olvidar que gozan de esa protección que les proporciona el Derecho internacional gracias a que se trata de una situación que afecta a un colectivo. Como decía al principio, es cuando las migraciones se producen en masa o con cierta asiduidad cuando se plantea su regulación.

En cuanto al segundo requisito, tener capacidad tanto para presentar una reclamación internacional por la vulneración de sus derechos como para responder por una vulneración que ha cometido, el colectivo de los inmigrantes no tiene esta capacidad. No está legitimado ni activa ni pasivamente. El tercer requisito, la participación en la elaboración de normas, no lo cumple el colectivo propiamente. Quien sí cumpliría este requisito es la Organización Internacional para las Migraciones. También a ACNUR se le podría reconocer esta facultad en relación con los refugiados. Sin embargo, en ese caso nos encontramos ante organizaciones internacionales.

En definitiva, en la actualidad no se puede decir que los inmigrantes, como colectivo, sean sujeto de Derecho internacional, aunque sí son un colectivo protegido por él. En cualquier caso, es preciso matizar esta conclusión con reflexiones como la del profesor Gutierrez Espada, que afirma que el número y las clases de sujetos internacionales van a depender de las necesidades que en cada momento tenga la sociedad internacional y que, si en un momento dado los Estados lo decidieran, ciertos colectivos o sujetos podrían alcanzar un mayor grado de capacidad jurídica¹².

5. CONSIDERACIONES FINALES

Existen muchos colectivos protegidos por el Derecho internacional. El de los inmigrantes, ya sean voluntarios o forzosos, resulta de interés por ser un colectivo que alberga muchos supuestos distintos y con una vasta regulación.

Como se ha podido ver, el ordenamiento jurídico internacional protege a este grupo de personas cuya situación de especial vulnerabilidad lo exige. No obstante, eso no basta para afirmar que un co-

¹² GUTIÉRREZ ESPADA, C., CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho internacional público*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, 2.^a ed., 636 pp., p. 54.

lectivo es sujeto de Derecho internacional. Resulta complicado que en un colectivo concurren los requisitos para reconocerle subjetividad internacional. En el caso de los inmigrantes, no concurren, como ha quedado de manifiesto. Sin embargo, las condiciones para esa subjetividad internacional no son estáticas sino que pueden cambiar con las circunstancias. De momento, los inmigrantes son sólo un colectivo protegido por el Derecho internacional y por ciertas organizaciones internacionales, estas sí sujetos de Derecho internacional. Y no parece que en el futuro próximo esto vaya a cambiar.

LA EMPRESA: ¿SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL? IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN.

HILDA GARRIDO SUÁREZ

Investigadora Doctora de la Cátedra de Ética de la Empresa y de las Profesiones. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid.

Jornada: El Estado y las organizaciones como sujetos de Derecho

Sumario: —1. Introducción.—2. Sujetos de Derecho en el ámbito internacional.—3. Empresas y Derecho Internacional.—4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de abril de este mismo año, en la primera Jornada científica de este II Seminario Internacional permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho sobre Perspectivas actuales de los sujetos de derecho, se abordaba la cuestión de «*El individuo como sujeto de Derecho*». En ella, el profesor Castor Díaz Barrado nos recordaba que el Derecho Internacional reconoce como sujetos del Derecho Internacional a los Estados y a las Organizaciones Internacionales. Además de ellos, nos contaba, también tienen la consideración de sujetos de derecho los pueblos y las minorías. Sin embargo, una vez más observé que quedan fuera de esta consideración algunos entes ciertamente poderosos hoy día como son las Organizaciones No Gubernamentales o las empresas, sobre todos las transnacionales, multinacionales o internacionales¹.

¹ Los términos multinacional, transnacional, global, internacional, plurinacional, son usados para describir aquellas sociedades mercantiles o industriales (comúnmente denominadas empresas) cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países. Que tienen filiales o empresas subsidiarias en otros países que el de origen o que su capital inversor no se encuentra en un solo Estado. Existen matices entre un tipo de denominación y otra que no podemos analizar aquí. Utilizaremos el término empresa transnacional, pues es el oficialmente aceptado por Naciones Unidas.

Desde hace tiempo, pero sobre todo de unos años a esta parte, las empresas se han ido consolidando como entes cada vez más poderosos. Sus actividades no sólo tienen impacto sobre sus accionistas, clientes y trabajadores; las acciones de una empresa afectan también a sus proveedores, a la comunidad en la que se asienta y a la administración pública; de igual modo su actividad repercute en el medio ambiente. Las acciones de una empresa, somos conscientes ahora, impactan sobre la sociedad en general. Sobre todo si la empresa es grande o si es una transnacional. Ésta es la razón fundamental por la que el comportamiento de las empresas se ha convertido en una preocupación para la sociedad y se les exige, cada vez con más convencimiento, un comportamiento responsable y ético.

Por ello los Estados, pero también las Organizaciones Internacionales, han planteado fórmulas que fomenten el comportamiento ético o controlen la responsabilidad de las empresas. Tanto Naciones Unidas como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico o la Organización Internacional del Trabajo, han invertido esfuerzos en desarrollar Directrices, Declaraciones y Códigos, que ayuden a controlar los comportamientos de estos entes.

Sin embargo, uno de los grandes conflictos que se plantean a la hora de proponer y diseñar algunas de estas iniciativas es el reconocimiento de los sujetos de Derecho Internacional que continúa siendo hoy el clásico.

Éste es el objeto de esta comunicación, el planteamiento de un conflicto cada vez más fuerte, pues las empresas cada vez son más y más poderosas, frente a los Estados que en ocasiones no tienen el control del poder como se presupone. Por ello se hablará a lo largo de estas páginas, de quiénes son los sujetos de derecho que reconoce el Derecho Internacional así como de los intentos que se han hecho desde la comunidad internacional por supervisar y dirigir las actuaciones de las empresas hacia un comportamiento responsable. Por último se intentará llegar a una conclusión que siendo antigua, se hace necesario volver a recordar.

2. SUJETOS DE DERECHO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

De forma clásica, se ha definido el Derecho Internacional como el Derecho que regula las relaciones entre Estados². Sin embargo,

² La propia Corte Permanente de Justicia Internacional, a propósito del caso Lotus en 1927, indicaba que «El derecho internacional gobierna las relaciones entre

el desarrollo y evolución de la sociedad internacional, hacen que estas definiciones queden hoy ciertamente anticuadas. No sólo porque desde 1945 han surgido numerosos Estados, sino sobre todo porque otro tipo de entes o sujetos han ido cobrando importancia en el plano internacional. Su naturaleza y estatuto distinto del de los Estados ha provocado el polimorfismo de la subjetividad internacional³.

Además de los Estados, actores principales del ámbito internacional, encontramos como sujetos de Derecho a las Organizaciones Internacionales. Éstas gozan de *personalidad jurídica*, esto es, de la *capacidad* de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de sistemas jurídicos concretos: nacional e internacional. Sin embargo, a diferencia de los Estados —sujetos soberanos y jurídicamente iguales que poseen una personalidad jurídica plena y general—, la personalidad de las Organizaciones Internacionales se ve afectada por el *principio de especialidad* que «inspira» y «determina» todo su régimen jurídico. Es decir, la existencia de estas organizaciones va a estar «limitada» a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal como aparecen enunciados y descriptos, o que puedan deducirse, de los tratados constitutivos⁴.

Otro de los sujetos de Derecho Internacional son los pueblos. La definición de pueblo como sujeto de derecho internacional, es complejo. Según el artículo 1 de los Pactos de 1966 «todos los pueblos disfrutan del derecho a la libre determinación». Este principio de libre determinación de los pueblos ha alcanzado una relevancia política y jurídica sin parangón⁵, pero no tenemos una definición pacífica de «pueblo» a los efectos de la aplicación de este derecho. En general, el término pueblo es utilizado como conjunto de los nacionales de un Estado o como comunidad o grupo humano que habita un territorio geográficamente diferenciado, que comparte rasgos comunes distintos a otras comunidades (de carácter racial, cultural,

Estados independientes», reflejando claramente cuál era la visión que del Derecho Internacional tenían las propias estructuras internacionales.

³ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 93.

⁴ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 93.

⁵ SÁNCHEZ, V. M. (Dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 207.

lingüístico religioso...) y dotados de una conciencia nacional que implica la voluntad de decidir libremente su destino político.

De igual modo, el Derecho Internacional no se desentiende de las minorías⁶, entendiéndose por ellas los grupos humanos diferenciados étnica, cultural o religiosamente dentro de la población de un Estado. En 1992 se conseguía aprobar la Declaración de derechos de las personas pertenecientes a minorías⁷. Una de estas minorías muy significativa, los pueblos indígenas, ha cobrado relevancia por sí misma y por lo tanto ha desarrollado sus propios mecanismos de protección.

A pesar del reconocimiento de estos sujetos de Derecho Internacional, hay que tener en cuenta que la comunidad internacional presenta rasgos diferentes a los que sirvieron de base para la conformación del Derecho Internacional contemporáneo tras la Segunda Guerra Mundial. La homogeneidad de la estructura tradicional ha dado paso a un complejo y diverso escenario donde juegan distintos actores que debilitan al Estado como ente decisor⁸.

Uno de estos actores es la empresa transnacional que se ha descrito como «la emergencia pujante y preocupante» en el entramado societario internacional. No obstante, aunque su relevancia como ente de influencia no es puesto en duda, no existe consenso en la doctrina para afirmar que estas entidades puedan considerarse sujetos de derecho internacional. Generalmente se las considera actores del sistema mundial sólo dotados de personalidad jurídica interna en cada uno de los ordenamientos jurídicos internos en los que operan⁹.

A pesar de no tener la consideración de sujeto de derecho internacional, las empresas realizan operaciones de interés para el derecho internacional. En su funcionamiento utilizan herramientas del ámbito internacional como el uso de convenios «cuasi-internacionales»¹⁰

⁶ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 186.

⁷ Res. AGNU 47/135 de 1992.

⁸ MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Barcelona, Bosch Internacional, 2008, pp. 30.

⁹ SÁNCHEZ, V. M. (Dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 212.

¹⁰ Los convenios que realizan estas empresas con Estados o Gobiernos llegan en ocasiones a excluir el Derecho interno del Estado en el que la empresa va a operar y se señala un sometimiento al Derecho Internacional. SÁNCHEZ, V. M. (Dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 212.

o el sometimiento a arbitrajes internacionales como medio de solución de diferencias¹¹. Incluso se les ha permitido participar en Conferencias Internacionales¹² o en las actividades de algunas Organizaciones Internacionales¹³.

3. EMPRESAS Y DERECHO INTERNACIONAL

En los últimos años, son varios los instrumentos internacionales que se han preparado o llevado a cabo para intentar controlar la conducta de las empresas transnacionales. Algunas de las propuestas han tenido éxito, como el Pacto Mundial, y otras no llegaron a realizarse como el Borrador de Código de Conducta o las Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Entidades Comerciales en Materia de Derechos Humanos. Veamos a continuación una breve descripción sobre cada una de estas iniciativas.

Una de las referencias que hay que tener en cuenta, al menos como antecedente histórico es el «Borrador de Código de Conducta para Empresas transnacionales». Es seguramente el primer antecedente de instrumento en el que se conecta la actividad de las empresas con el respeto de los Derechos Humanos. Esta iniciativa fue liderada por los Estados miembros de Naciones Unidas de reciente independencia y menos desarrollados, unidos en el denominado «Grupo de los 77»¹⁴. En 1972 el Consejo Económico y Social (ECOSOC)¹⁵ solicitó al Secretario General que designara a un grupo de personalidades con el mandato de estudiar los impactos de las Empresas Transnacionales en el desarrollo económico y social de los países, sobre todo aquellos en

¹¹ Las empresas se han sometido a órganos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que fue creado en virtud del Convenio de Washington (de 18 de marzo de 1965) para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. SÁNCHEZ, V. M. (Dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 212.

¹² Con estatuto consultivo.

¹³ Como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) permite la participación de empresas en calidad de miembros afiliados (Convenio UIT de 22 de diciembre de 1992 en su artículo 19.1).

¹⁴ Grupo creado en 1964 con la finalidad de ayudarse, sustentarse y apoyarse mutuamente. Aunque, como su nombre indica, el grupo estuvo formado originalmente por 77 países, hoy el número de sus miembros asciende a 130.

¹⁵ Resolución 1821 de 28 de junio de 1972.

vía de desarrollo. Se estableció la Comisión de Naciones Unidas de Empresas Transnacionales como órgano intergubernamental compuesto por 48 miembros (tanto desarrollados como en vías de desarrollo). Su misión fundamental era la de ayudar al ECOSOC en la preparación de un Código de Conducta.

Si bien la iniciativa de desarrollar un marco universal para la actuación de las empresas tuvo en sí misma bastante aceptación internacional, pronto surgieron discrepancias en cuanto a la formulación, implementación, ámbito de aplicación, naturaleza y contenidos del Código¹⁶. Esto provocó que las negociaciones se mantuvieran en vía muerta durante años, hasta que se suspendieron en 1992. No sólo se abandonó la iniciativa, sino que la estructura de la que partió se sustituyó¹⁷. Así la Comisión de Empresas Transnacionales se transformó en una Comisión del Consejo de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

Otro de los instrumentos intergubernamentales que se han llevado a cabo es el desarrollo de las «Directrices para Empresas Multinacionales» de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Estas directrices forman parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales¹⁸. La Declaración está dirigida a los Estados y a través de ella, los Estados miembros hacen recomendaciones a las empresas que operan en o desde su territorio para que observen las Directrices. Estas Directrices no son por lo tanto, un instrumento jurídicamente vinculante. Su objetivo es el establecimiento de unos estándares y principios voluntarios que fomenten un comportamiento empresarial responsable¹⁹.

¹⁶ MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Barcelona, Bosch Internacional, 2008, pp. 139.

¹⁷ Para algunos autores, esta sustitución y el abandono del Código de Conducta supuso una regresión institucional además de un estancamiento normativo. TEITELBAUM, A., *La crisis actual del Derecho al Desarrollo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, pp. 41-47.

¹⁸ Su origen podemos encontrarlo en 1976 como intento de respuesta a los esfuerzos intergubernamentales por atraer la inversión extranjera directa. MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales (...)*, cit., pp. 146

¹⁹ Tanto las Directrices como su proceso de implementación, han recibido numerosas críticas. Entre otros, el Comité de los Trabajadores (TUAC) y OCDE Watch (coalición de ONG), han realizado informes en los que se describen y analizan las principales deficiencias y los obstáculos fundamentales que se encuentran en la aplicación de las Directrices. MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales (...)*, cit., pp. 157.

La «Declaración tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social» fue adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1977²⁰. Contiene recomendaciones para los Estados, las empresas y las organizaciones de empleados y sindicatos, relativas a las relaciones laborales y los derechos sociales. Aunque su objetivo primario era el de incorporarse al código que se estaba elaborando en el seno de Naciones Unidas²¹, finalmente el texto adoptado por la OIT es de naturaleza voluntaria. La Declaración se dirige a los Estados, únicos obligados jurídicamente por los instrumentos jurídicos de la OIT, pero también se dirige a las entidades privadas como las empresas. En este sentido, la Declaración puede ser interpretada como una vía de aplicación indirecta de determinados estándares a las empresas transnacionales²².

Las «Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Entidades Comerciales en Materia de Derechos Humanos», de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, han sido objeto de muchas expectativas hasta hace poco, pero como ya ocurrió con el Borrador de Código de Conducta, ha sido relegado del debate político. La Subcomisión decidió en 1998 crear un Grupo de Trabajo para examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales.

En 1999 se decide que este grupo elabore un instrumento con obligaciones vinculantes, implementables y supervisables para las empresas. Aunque el carácter vinculante de las normas no estaba del todo claro, finalmente en 2003, la Subcomisión adopta el texto definitivo y lo trasladó a la Comisión de Derechos Humanos. Sin embargo la Comisión prefirió diferir su aprobación y someter el documento a consulta pública y a valoración por parte del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. El Alto Comisionado emitió su Informe en 2005 recomendando mantener estas normas entre las iniciativas y estándares ya existentes con vista a una futura consideración²³.

²⁰ En su reunión 204^a. En su reunión 279^a del año 2000 fue enmendada.

²¹ MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales (...) cit.*, pp. 163.

²² DILLER, J.M., «Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 2, 1999, pp. 115-145.

²³ Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comer-

Tras el Informe, la Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General²⁴ que designara un Representante Especial en el ámbito de los Derechos Humanos y la Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, pero sin mencionar ya las Normas.

Otra de las iniciativas es el Pacto Mundial de Naciones Unidas es una iniciativa voluntaria de asociación entre el sector privado y Naciones Unidas. Fue auspiciado por el anterior Secretario General, Kofi Annan que la propuso en 1999 a los líderes empresariales reunidos en el Foro Económico Mundial de Davos. El Pacto no es un instrumento normativo, sino que se contempla a si mismo como un instrumento no regulador que no vigila, impone o evalúa conducta y acciones de las empresas²⁵. Consiste en la adhesión por parte de las empresas a diez principios, divididos en cuatro categorías: derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente y anticorrupción.

Los participantes principales en la iniciativa son las empresas, si bien se intenta implicar también a organismos estatales, organismos sindicales, organizaciones de la sociedad civil, ONG, Universidades, ciudades, mercados de valores o incluso a expertos de forma individual²⁶. Así, el Pacto Mundial ha tenido un éxito enorme en lo referente a adhesiones²⁷ por lo que aparece como punto de referencia en la materia.

Por último, la propuesta más reciente son los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”» que se incluyen en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Este Informe final del Representante resume su labor entre 2005 y 2011 y presenta los Principios Rectores para su consideración por el Consejo de Derechos Humanos.

Los principios nacen de la constatación de que, a pesar de las numerosas iniciativas públicas y privadas, no se ha alcanzado la dimen-

ciales en la esfera de los derechos humanos. Doc. ONU E/CN. 4/2005/91 de 15 de febrero de 2005. Párrafo 52.d).

²⁴ Resolución 2005/69.

²⁵ Ver: ¿Qué es el Pacto Mundial? Disponible en www.globalcompact.org.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Más de 8000 empresas de 130 países. Ver www.pactomundial.org.

sión suficiente para movilizar a los mercados en el compromiso con el respeto a los Derechos Humanos. En este sentido se presentan estos principios rectores, aunque como se dice en el propio informe, los Principios por sí solos no servirán para poner fin a los problemas que se plantean. Se pretende crear por tanto una plataforma conjunta de acción a nivel global a través de recomendaciones jurídicamente no vinculantes. Quizá sea precisamente esto, lo que permita que se aprueben en la Comisión de Derechos Humanos.

Estas iniciativas, no son las únicas, pero sí tienen elementos diversos que las convierten en las más significativas. Como hemos visto, las instituciones internacionales no han querido permanecer pasivas y han liderado numerosas acciones e intentos de regulación. Todo ello con la intención de fomentar y supervisar el comportamiento responsable de las empresas. Sin embargo la existencia de éstas y otras acciones, no representa una reforma del Derecho Internacional. En todo caso refleja un intento de adaptación *de facto* al nuevo contexto internacional, pero sin abordar una reforma amplia y formal²⁸.

4. CONCLUSIONES

El Estado como base estructural del ordenamiento jurídico internacional ha sido objeto de cierto desplazamiento por parte de nuevos centros de decisión política²⁹ y económica³⁰. Además de las fuerzas clásicas del Derecho Internacional, en la realidad global del siglo XXI, se detectan otras fuerzas sobre todo dentro del ámbito económico y

²⁸ LÓPEZ-JACOISTE, E., «Derecho Internacional y actores no estatales: repercusiones recíprocas. Algunas consideraciones a la luz de la práctica del Comité 1267 y sus efectos sobre los derechos de las personas registradas en la lista», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.): *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 104.

²⁹ Como señaló en su intervención «Las empresas transnacionales como actores y sujetos «potenciales» en la sociedad internacional» el profesor Romualdo Bermejo García en la II Jornada de este mismo Seminario, las empresas transnacionales son actores económicos internacionales, pero también actores políticos.

³⁰ PONS RAFOLS, X., «Estados soberanos y cooperación multilateral: el papel de las organizaciones internacionales» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 104.

social. Estas fuerzas consideradas como *fuerzas transnacionales*³¹ o globales, tienden a escapar al control de los derechos internos, pero no terminan de entrar en el Derecho Internacional. Estas fuerzas las constituyen no sólo las grandes empresas, sino también Organizaciones No Gubernamentales (ONG), partidos políticos, asociaciones, grupos de presión e información, etc. En definitiva un grupo de entes que tiene la capacidad de adscribir o aislar a grupos de personas en todo el planeta, independientemente de las fronteras o las regulaciones estatales.

La constatación de que el Derecho Internacional no puede obviar a este tipo de fuerzas en su seno ni en sus regulaciones, no es un hecho novedoso. Hace años³² ya se alertaba de que la norma jurídica no podría ser efectiva si no sometía a su imperio a estas fuerzas de importancia creciente en las relaciones internacionales. El Derecho será efectivo sólo en el caso de que se aplique a las formas de organización social que en la práctica controlan los objetivos y misiones que se marca el Estado moderno, decía Jenks. En las últimas décadas, los Organismos Internacionales se han visto impedidos, en ocasiones, para evitar o regular situaciones que se estaban produciendo como consecuencia de los impactos de las empresas.

Las estructuras, capacidades y presupuestos que tienen algunas empresas demuestran que, en esta era de la globalización el Estado se encuentra a veces sobrepasado y no puede hacer frente a las amenazas que recibe de otros entes transnacionales³³. Además, las empresas actúan en ocasiones como sujetos de Derecho Internacional de facto o utilizando estructuras, mecanismos y herramientas similares a las de otros sujetos de derecho internacional. Parece por tanto que las empresas se han convertido en un *tertium genus*: actor internacional que se orienta hacia la subjetividad en Derecho Internacional³⁴.

³¹ REMIRO BROTONS, A., Derecho Internacional, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 95.

³² Cita de Jenks en Remiro Brotons pp. 95.

³³ Aunque se hace hincapié en los entes o fuerzas transnacionales, no son éstas las únicas que amenazan al Estado Soberano. A veces, *el Estado soberano se desdibuja* (como actor de las relaciones internacionales) *al comprobar cómo entes territoriales menores actúan allende sus fronteras y participan en instituciones y conferencias internacionales*, entrando en contacto con entes desagregados de otros Estados. En REMIRO BROTONS, A., Derecho Internacional, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 97.

³⁴ SÁNCHEZ, V. M. (Dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 212.

Como decía el propio Wilfred Jenks ya en los años 30, el Derecho Internacional no puede hacerse cuadrar con la idea de que es «sólo y exclusivamente el Derecho entre los Estados»³⁵; como él mismo preveía, la conversión de determinados actores sociales en sujetos de Derecho Internacional, con un estatuto adaptado a sus características, es una etapa abierta de la subjetividad internacional. Etapa que continúa, aún hoy, abierta.

³⁵ JENKS, C. W., *La Justicia Social en el Derecho de las Naciones*, Madrid, Tecnos, 1972, pp. 41.

LA TOLERANCIA ÉTNICA Y RELIGIOSA EN LOS PROYECTOS PARA LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO BÚLGARO DE LA DOMINACIÓN OTOMANA, EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONCEPTO LEGAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MINORÍAS EN BULGARIA¹

ÁNGEL HRISTOV KOLEV

Doctorando en el Departamento del Derecho Público de la Universidad Pública de Navarra

SUMARIO:—1. Introducción: 1.1. Antecedentes históricos.—2. La tolerancia étnica y religiosa en la ideología del movimiento revolucionario búlgaro: 2.1. La tolerancia étnica y religiosa en la ideología de los revolucionarios búlgaros, en el período antes del Levantamiento de abril de 1876; 2.2. La tolerancia étnica y religiosa en la ideología de los revolucionarios búlgaros, en el período tras el Levantamiento de abril de 1876.—3. El modelo de tolerancia étnica y religiosa en el seno del Proyecto de reglamento orgánico de los territorios búlgaros aprobado en la Conferencia de Estambul celebrada entre el 23 de diciembre 1876 y el 20 de enero de 1877.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes históricos

Bulgaria constituye sin duda uno de los países europeos más atractivos desde la perspectiva de analizar la regulación jurídica de las minorías. A raíz de su estratégica situación geográfica en el centro de los Balcanes experimentó una fecunda convivencia de diversas culturas, etnias y religiones en toda su existencia desde la Edad Media hasta el presente.

¹ Financiado por una beca Predoctoral de la Universidad Pública de Navarra.

A partir de la segunda mitad del siglo XIV se marca el comienzo de la invasión turca en la Península Balcánica que pronto se convierte en una gran amenaza para Bulgaria. Será exactamente en 1396 cuando tras una larga serie de batallas, los territorios búlgaros definitivamente pasan a formar parte del Imperio Otomano. Bajo la política déspota de los sultanes, la cultura eslavo-búlgara sufre un gran retraso, que termina en el principio del siglo XVIII con el inicio del proceso de renacimiento cultural búlgaro que en breve se transforma en un redescubrimiento del sentimiento nacional. La consecuencia principal de dicho proceso será la creación del movimiento revolucionario en la segunda mitad del siglo XIX cuyos seguidores estarán detrás de la preparación y desencadenamiento del Levantamiento de Abril de 19 de abril de 1876, el cual será el primer gran intento organizado de rechazar la dominación otomana. El aplastamiento brutal de la rebelión por parte del ejército turco atrae la atención de los países europeos sobre el asunto nacional de los búlgaros. En esta situación el 24 de abril de 1877 Rusia declara la guerra al Imperio Otomano, que termina el 3 de mayo de 1878 con la restauración de Bulgaria en virtud del tratado de San Stefano².

2. LA TOLERANCIA ÉTNICA Y RELIGIOSA EN LA IDEOLOGÍA DEL MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO BÚLGARO

2.1. La tolerancia étnica y religiosa en la ideología de los revolucionarios búlgaros, en el período antes del Levantamiento de abril de 1876

Debido a la ruptura centenaria de la soberanía de Bulgaria a causa de la presencia turca, el país no goza de una prehistoria constitucional. A lo largo del período de las luchas por la independencia nacional se forman las primeras previsiones sobre la estructura y el orden jurídico del futuro Estado. En este aspecto las ideas de los revolucionarios búlgaros representan el intento inicial de crear una doctrina legal basada en el establecimiento de los principios demo-

² El artículo 6 del Tratado de San Stefano de 3 de marzo de 1878 estipula la restauración de Bulgaria bajo la forma política de *Principado con gobierno cristiano y milicia popular*. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 193-202.

cráticos de la justicia, la igualdad, el reconocimiento y el respeto de los derechos y las libertades civiles y políticas de los individuos y sus colectivos.

En 1861, en Belgrado, el pionero del movimiento revolucionario búlgaro Georgi Sava Rakovski, (1821-1867), elabora su proyecto titulado *Plan sobre la liberación de Bulgaria*, el cual contempla el objetivo de que el Estado puede restaurar su independencia a raíz de una lucha armada. Dicho programa por primera vez incorpora la exigencia de respetar *la dignidad, la religión y la propiedad de todos los turcos³ rendidos durante las actividades militares⁴*.

Trascurridos seis años aparecen dos nuevos intentos de restauración de Bulgaria. El primero es fruto de la burguesía conservadora búlgara y esencialmente presenta una idea inspirada por la diplomacia rusa que conserva la previsión de formación de un estado serbio-búlgaro. A tales efectos el 5 de abril de 1867 se anuncia *el Proyecto de protocolo sobre la creación del Reino de los eslavos del sur* donde previamente se introduce el concepto sobre la libertad de las creencias⁵ en la futura federación. A lo largo del mismo año los liberales del *Comité central secreto búlgaro (CCSB)* presentan bajo la forma de un *Memorándum* dirigido al sultán Abdul Asís (1861-1876) la propuesta para la creación de una monarquía dualista búlgaro-turca en la que Bulgaria gozará de autonomía política, militar y religiosa⁶. Se hace especial hincapié en virtud del artículo 14 del Primer Capítulo del mencionado documento, referido a los derechos de independencia

³ En su primer *Plan sobre la liberación de Bulgaria* elaborado en Odesa en noviembre-diciembre 1858 Georgi Sava Rakovski considera que los turcos que habitan los territorios búlgaros representan una minoría, basándose en que la población cristiana en la parte europea del Imperio Otomano es 10 veces más numerosa que la turca. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 142-145.

⁴ GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 145-147.

⁵ Artículo 12 del *Proyecto protocolo de la Organización central de apoyo revolucionario (OCAR) sobre la creación del Estado yugoslavo-búlgaro de 5 de abril 1867*. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, 1981, pp. 151-153.

⁶ Conforme al texto del Memorándum del CCSB al sultán Abdul Asís, los revolucionarios insisten: *...¡Su Majestad! Las peticiones del pueblo búlgaro se manifiestan en las siguientes palabras: Que Su Majestad consolide las relaciones con la población búlgara proclamando sobre la base de una Constitución la libertad política y religiosa de los búlgaros*. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 153-160.

política, que el reino búlgaro⁷ se compromete a establecer *la tolerancia religiosa* entre los diferentes cultos espirituales.

En términos históricos las ideas ilustradas en los citados programas contemplan cambios drásticos, los cuales no se corresponderán con la doctrina política de las autoridades otomanas, y por ello fueron rechazadas por la Sublime Puerta⁸. Esta situación inspiró una transformación de la ideología revolucionaria el 28 de julio de 1868 en el periódico *Nacionalidad*, donde el CCSB publica *Proclama*⁹, apelando al pueblo búlgaro a conseguir su independencia nacional *con las armas en la mano*. Pese a ello en dicha proclama especialmente se declara que a lo largo de las actividades rebeldes se debe respetar *la dignidad, la fe y la propiedad* de la población pacífica sin otorgar importancia a su pertenencia étnica o religiosa.

A finales de los años 60 y a principios de los años 70 del siglo XIX, entre el movimiento de liberación toman la delantera las visiones de los revolucionarios radicales. El señalado período marca el comienzo de la aclaración y la sistematización de los conceptos sobre la estructura política del futuro Estado. En este contexto especial interés presentan las ideas de Luben Karavelov (1834-1879) expuestas en *el Programa del Comité central revolucionario búlgaro (CCRB)*, publicado en 1870. En el mismo se critican las formas de gobierno aplicadas en el Imperio Otomano, Rusia y Austria donde encontrándose bajo el poder de una nacionalidad mayoritaria todas las minorías son privadas de la oportunidad de efectuar su propio desarrollo político y cultural. Luben Karavelov considera como ejemplos más significativos de convivencia multicultural los modelos de Suiza y los Estados Unidos en los que la igualdad entre las naciones constituyentes contribuye a la prosperidad del país. Basándose en esta

⁷ El artículo 12 del Primer Capítulo del Memorándum del CCSB al sultán Abdul Asís prevé la formación del *Reino búlgaro* constituido por todas las provincias habitadas por población búlgara.

El artículo 13 especifica que el *Reino búlgaro* dependerá políticamente del Imperio Otomano encontrándose bajo el gobierno del sultán, el cual va a titularse *Zar de los búlgaros*.

⁸ Se conoce como «Sublime Puerta» el nombre del Estado y gobierno turcos en el tiempo de los sultanes. *RAE diccionario de la lengua española*. <http://www.rae.es/rae.html>.

⁹ GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, p. 162.

idea fundamental, el revolucionario prevé la formación de una federación balcánica¹⁰ en la cual Bulgaria será miembro de pleno derecho. Se afirma que en el futuro Estado cada pueblo ejercerá su propio gobierno de conformidad con sus especificidades nacionales¹¹. Los textos finales del *Programa del Comité central revolucionario búlgaro* introducen los principios esenciales de libertad religiosa y conciencia¹².

Debido a su carácter utópico y a las pocas posibilidades de realización, el plan de Luben Karavelov no gozará del *plácet* de las masas populares. Será precisamente otro famoso patriota Vasil Ivanov Kunchev conocido como Vasil Levski (1837-1873) quien ganará las simpatías de la mayoría de los búlgaros mediante su ideario para la restauración del Estado bajo la forma política de *república democrática (gobierno popular)*¹³. Conforme a sus ideas una vez conseguida la

¹⁰ ...Nosotros queremos una convivencia amistosa con nuestros vecinos y especialmente con los serbios y los rumanos con quienes queremos formar una Federación de los eslavos del sur o una Federación de Danubio... GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 165-166.

¹¹ En el *Programa del Comité central revolucionario búlgaro (CCRB)* de 1 de agosto de 1870, publicado en el periódico *Libertad* n.º 46 de 14 de octubre de 1870 Karavelov declara: ... Nosotros queremos que los territorios habitados por búlgaros se gobiernen de conformidad con las costumbres y el carácter del pueblo búlgaro; las tierras pobladas por rumanos, serbios y griegos que se gobiernen conforme al carácter del pueblo rumano, serbio y griego. Que cada nacionalidad, tal como cada persona, tenga la libertad de gobernarse según su propia voluntad. Pero al mismo tiempo nosotros queremos conseguir entre nos y nuestros vecinos una formación estatal similar a la Unión de Suiza... GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 165-166.

¹² ...Para nosotros mismos queremos libertad nacional, libertad individual y libertad religiosa... las mismas libertades deseamos a nuestros amigos y vecinos... En: *El Programa del Comité central revolucionario búlgaro (CCRB)* de 1 de agosto de 1870. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, pp. 165 y 166.

¹³ *Reglamento a los trabajadores para la liberación de Bulgaria* elaborado por Vasil Levski en 1871. GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 167-171.

Posteriormente Vasil Levski desarrolla sus ideas republicanas en un artículo dirigido al periódico *Libertad* donde prevé como única posible forma de organización política de los territorios con población búlgara la *Santa y Pura República*. Esta república será constituida sobre los principios incorporados en la Declaración de los derechos humanos del hombre y del ciudadano (*Declaration des droits de l'homme et du citoyen*) aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789. SNEJANA, N., *La civilización constitucional y el constitucionalismo búlgaro*, Sofía, 2004, pp. 197-198.

liberación a raíz de una *revolución general*¹⁴, Bulgaria debe instaurarse como un país democrático donde existirá tolerancia nacional basada sobre los principios fundamentales de la libertad e igualdad entre los diferentes pueblos que habitan sus territorios. En *el Reglamento a los trabajadores para la liberación de Bulgaria*¹⁵ Vasil Levski considera que *...el abuso del orden político otomano debe ser sustituido por el consentimiento, la hermandad y la equivalencia absoluta entre todas las nacionalidades. Búlgaros, turcos, judíos y otros serán iguales en cualquier aspecto relativo a la fe, pertenencia nacional, estatuto civil, todos van a permanecer bajo una Ley general, elegida por ellos mismos...*

Históricamente Vasil Levski se convierte en el primer revolucionario que da forma a sus ideas constituyendo en los territorios búlgaros en el corto plazo entre 1869 y 1872 una red de comités secretos llamada *Organización revolucionaria interior (ORI)*, la cual tiene como fin la preparación de una rebelión *general* contra el poder otomano. Pese a que a finales de 1872 Vasil Levski es arrestado y unos meses más tarde ejecutado, su actividad e ideas estarán en el trasfondo de la organización del Levantamiento de abril de 1876.

2.2. La tolerancia étnica y religiosa en la ideología de los revolucionarios búlgaros, en el período tras el Levantamiento de abril de 1876

En el período comprendido entre el Levantamiento de abril de 1876 hasta el inicio de la Guerra ruso-turca en 1877, en la comunidad búlgara influirán las doctrinas legislativas y filosóficas europeas. En este contexto en primer plano aparece el concepto sobre la instauración de un orden constitucional donde cuestiones tan esenciales como la igualdad de los derechos de los individuos y la libertad religiosa y de conciencia ocupan una parte central.

En el Programa *las Peticiones búlgaras (Les voeux des bulgares)* de 9 de diciembre de 1876 se declara que tras el restablecimiento de

¹⁴ El análisis detallado del contenido del *Reglamento a los trabajadores para la liberación de Bulgaria* presenta la conclusión que la revolución será efectuada por todos los pueblos (*búlgaros, turcos, judíos y otros*) que no están de acuerdo con el *sistema de gobierno despótico-tiránica*.

¹⁵ GHIUZELEV, V., *El estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 167-171.

Bulgaria todos sus ciudadanos gozarán de *paridad* sin otorgar importancia de su confesión religiosa o pertenencia nacional. De conformidad con las disposiciones incorporadas en los siguientes puntos del documento la citada previsión tendrá gran importancia a la hora de ocupar un puesto de trabajo en los cuerpos administrativos o un escaño en la Asamblea Nacional, considerando que todos son igualmente admisibles a un empleo público debido a sus capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus méritos y conocimientos¹⁶.

Parecido concepto legal se plantea en el proyecto *el Mundo ruso* publicado en el periódico *la Voz búlgara* el 23 de octubre de 1876. Su punto 4 proclama que a todos los súbditos del futuro país *de cualquier nacionalidad o religión* se reconocen *iguales obligaciones y capacidades jurídicas*¹⁷.

*El Programa sobre el restablecimiento de Bulgaria*¹⁸ de 1876 vuelve a incorporar la idea sobre la equivalencia en el ejercicio de los derechos políticos y civiles entre los búlgaros y los representantes de las otras nacionalidades¹⁹. En este contexto la disposición del punto 13 del mencionado documento reconoce los principios de *libertad religiosa y lingüística*²⁰.

A lo largo de la segunda mitad del 1876 un grupo de revolucionarios emigrantes en Rumania crea la *Sociedad búlgara central de caridad* (SBCC). Conforme a su programa político aceptado el 22 de noviembre de 1876, se prevé que Bulgaria se gobernará *autónomamente* a raíz de una Constitución elaborada por un cuerpo legislativo elegido por el pueblo. Principio nuclear y primordial de esta Ley fundamental

¹⁶ TOKUSHEV, D., *Historia del estado y del derecho búlgaro (1878-1944)*, Sofía, 2009, p. 19.

¹⁷ TOKUSHEV, D., *Historia del estado y del derecho búlgaro (1878-1944)*, Sofía, 2009, pp. 19-20.

¹⁸ TOKUSHEV, D., *Historia del estado y del derecho búlgaro (1878-1944)*, Sofía, 2009, pp. 23-24.

¹⁹ Punto 4 del Programa sobre el restablecimiento de Bulgaria de 1876: *Las otras nacionalidades, que habitan las provincias búlgaras como turcos, tártaros, griegos, rumanos, hebreos y gitanos serán iguales en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos con los búlgaros.*

²⁰ Punto 13 del Programa sobre el restablecimiento de Bulgaria de 1876: *Se garantiza la libertad lingüística y religiosa de las diferentes nacionalidades en el estado búlgaro.*

será la igualdad de todos los nacionales, sin dar importancia a su religión o nacionalidad. El búlgaro se proclama como la lengua oficial, pero junto a ello se afirma que los ciudadanos pertenecientes a otra nacionalidad gozarán de los mismos derechos políticos y civiles que van a ser reconocidos a los propios búlgaros²¹.

El modelo de tolerancia étnica se incorpora también en la estructura del sistema judicial del futuro Estado. En el marco de las programas *las Peticiones búlgaras (Les vœux des bulgares)*, de 9 de diciembre de 1876 y *las Peticiones de la nación búlgara (Les vœux de la nation bulgare)*, de 16 de diciembre de 1876 se prevé la formación de juzgados religiosos a los cuales se asigna, la exclusiva competencia de administrar justicia sobre los asuntos espirituales.

Finalmente se puede concluir que los proyectos sobre la organización política de los territorios búlgaros elaborados antes y tras el Levantamiento de abril de 1876, contribuyen a forjar la definición esencial de la ideología revolucionaria, que consiste en la intención de combatir el despotismo del poder otomano a raíz de la instauración de un orden constitucional, el cual introducirá un gobierno representativo que cumplirá con los principios universales de libertad, democracia, justicia e igualdad de todos los individuos.

3. EL MODELO DE TOLERANCIA ÉTNICA Y RELIGIOSA EN EL SENO DEL PROYECTO DE REGLAMENTO ORGÁNICO DE LOS TERRITORIOS BÚLGAROS APROBADO EN LA CONFERENCIA DE ESTAMBUL CELEBRADA ENTRE EL 23 DE DICIEMBRE 1876 Y EL 20 DE ENERO DE 1877

El aplastamiento brutal del Levantamiento de abril de 1876 *internacionaliza* la cuestión sobre la liberación de Bulgaria. En esta situación bajo la atención rusa, en Estambul tiene lugar una conferencia en la que toman parte el Imperio Otomano, Austro-Hungría, Francia, Gran Bretaña, Italia y Rusia. En relación con la celebración de dicha reunión, la diplomacia rusa prepara dos proyectos relativos a la futura organización política del estado búlgaro.

²¹ TOKUSHEV, D., *Historia del Estado y del Derecho búlgaro (1878-1944)*, Sofía, 2009, p. 19.

De conformidad con el plan elaborado por el diplomático ruso, Alexei Nikolaevich Tseretelev (1848-1883) y el secretario de la misión estadounidense en Estambul, Eugene Schuyler (1840-1890) se prevé la instauración de Bulgaria como una *provincia autónoma*, (comunidad autónoma), del Imperio Otomano compuesta por los territorios habitados por población búlgara. Al mando de esta demarcación permanecerá un gobernador nombrado por el sultán con el visto bueno de las Grandes Potencias, el cual va a ejercer sus poderes a través de un aparato administrativo compuesto por funcionarios cristianos y musulmanes.

La organización territorial del futuro estado búlgaro según el proyecto compuesto por el conde ruso Nikolai Pavlovich Ignatiev (1832-1908), contempla la creación de dos *provincias autónomas*, (comunidades autónomas), con capitales en las ciudades de Ruse y de Sofía, las cuales serán dirigidas por *Gobernadores-Generales* elegidos por los súbditos cristianos del sultán. El programa también regula la creación de una milicia local cristiana y musulmana y un cuerpo de gendarmería dirigidos por oficiales que profesen las citadas creencias religiosas.

Las ideas expuestas en los mencionados documentos tendrán gran influencia sobre las cláusulas del *Proyecto de reglamento orgánico de los territorios búlgaros* aprobado en la Conferencia de Estambul (23 de diciembre 1876-20 de enero de 1877). En este contexto su artículo 1 decreta la institución de dos provincias autónomas búlgaras, una oriental con capital en la antigua de Veliko Tarnovo y otra occidental con centro en la ciudad de Sofía²².

El primer apartado del artículo 2 del Proyecto señala el *cantón* (municipio con población entre 5.000 y 10.000 habitantes), como la unidad administrativa principal de las autonomías. La misma disposición afirma que *en la medida de lo posible* se procurará la agrupación de cristianos y musulmanes en diferentes comarcas. Los siguientes párrafos del artículo 2 establecen el marco normativo sobre el gobierno de los términos municipales. De conformidad con ellos se incorpora la previsión de que un consejo compuesto por representantes de cada distrito que entra en los territorios del *cantón*, sin distinción de su confesión religiosa, elegirá uno de sus miembros, el cual detenta-

²² GHIUZELEV, V., *El Estado búlgaro en actos y documentos*, Sofía, 1981, pp. 175-179.

rá el cargo de alcalde del municipio. Los párrafos finales del artículo 2 afirman que una comisión internacional se ocupará de asegurar la adecuada representación de las diferentes minorías en los ayuntamientos.

El artículo 3 del el Proyecto consagra que los diferentes *cantones* pasan a formar parte de unidades administrativas mayores denominadas *departamentos* al mando de los cuales estarán los gobernadores, nombrados por la Sublime Puerta, quienes de conformidad con la composición religiosa de la población, podrán ser cristianos o musulmanes.

En virtud de las cláusulas del artículo 4 del Proyecto se declara que un *gobernador general*, nombrado por el sultán con el visto bueno de los Grandes Potencias, se encargará de gobernar la provincia autónoma. Se hace especial hincapié en que el mismo debe ser cristiano, sin otorgar importancia a su pertenencia nacional. El citado artículo prevé que el jefe de la autonomía ejercerá sus funciones con el auxilio administrativo de una Asamblea Provisional compuesta por miembros, *que sin distinción de raza o religión* serán elegidos mediante una votación celebrada por la población de la autonomía. En este contexto el apartado 9 del artículo 4 especifica que electores y elegibles serán: los ciudadanos de la provincia con edad mínima de 25 años que posean algún inmueble o paguen impuestos; el clero de las diferentes confesiones religiosas y los docentes. El siguiente párrafo 10 del artículo 4 consagra que la Asamblea Provisional nombrará una Comisión Administrativa que asumirá el papel de Consejo del gobernador, donde los gerentes de las distintas confesiones religiosas participarán *in jure*, lo que garantiza la representación de los cultos espirituales en el gobierno da la comunidad autónoma.

En el ámbito del artículo 6 del Proyecto se fija la estructura del sistema de justicia en las provincias²³. Este precepto tiene la importancia de reconocer el derecho de igualdad en la participación como miembros de los cuerpos judiciales a los musulmanes y a los cristianos. Conforme al último párrafo de la mencionada disposición se hace referencia a que los casos relacionados con asuntos eclesiásticos permanecerán bajo la exclusiva jurisdicción de las autoridades espi-

²³ El primer apartado del artículo 6 del Proyecto de reglamento orgánico de los territorios búlgaros señala que la mencionada disposición estará en vigor hasta la promulgación de un reglamento judicial.

rituales de las diferentes confesiones religiosas, cuyas decisiones tendrán fuerza ejecutiva.

La regulación básica de la libertad religiosa en las provincias se contiene en el artículo 7 del Proyecto, en cuyo apartado 1 se proclama *la plena libertad de las creencias*. El mismo texto añade que las organizaciones religiosas estarán bajo la tutela económica de las comunidades de culto. En el próximo párrafo 2 del artículo 7 se plantea el problema sobre el cambio de la pertenencia espiritual. Se prevé que cada hombre de más de 18 años de edad y cada mujer mayor de 16 años, pueden cambiar de fe. Como requisito obligatorio antes de hacer su declaración de conversión se establece la obligación del fiel de pasar una semana junto con un ministro de culto de su primera confesión religiosa. Conforme al ordenamiento del apartado 3 del artículo 7 se excluye la interposición de obstáculos en la construcción de edificios espirituales y se garantiza la inviolabilidad del ejercicio de los ritos religiosos. Las previsiones de los párrafos 5 y 6 del artículo 7 del Proyecto se refieren a la libertad lingüística en las autonomías. En virtud del apartado 5 se declara que la lengua de la población local y el idioma turco serán oficiales en los juzgados y en la administración provincial. A raíz del siguiente párrafo 6 se contempla que las autoridades, en los distritos donde el habla griega es dominante, podrán utilizar este lenguaje.

Los apartados 1 y 2 del artículo 8 del Proyecto de reglamento orgánico de los territorios búlgaros declaran que los encargados de la defensa militar de las provincias serán el ejército otomano y la milicia o guardia nacional, la cual va a ser formada por cristianos y musulmanes, y cuya proporción dependerá de la composición religiosa de la población en la comunidad autónoma. El mismo principio vuelve a aplicarse en el proceso de la instauración de un cuerpo de tropas de gendarmes que conforme al párrafo 3 del artículo 8 será destinado a mantener el orden y la seguridad pública. Los textos finales de la citada disposición especifican que la gendarmería se regirá por un organigrama mixto de oficiales de confesión religiosa cristiana y musulmana elegidos por el gobernador general.

Las propuestas fijadas en el *Proyecto de reglamento orgánico de los territorios búlgaros aprobado* en la Conferencia de Estambul, (23 de diciembre 1876-20 de enero de 1877), son denegadas por el gobierno turco, bajo el pretexto de que la Constitución Otomana promulgada el 23 de diciembre de 1876 las hace innecesarias. Tras esta última

intención de resolución pacífica del problema nacional búlgaro, el 24 de abril de 1877 estalla la Guerra ruso-turca.

En resumen se puede afirmar que los proyectos sobre la organización política de Bulgaria elaborados en las vísperas de la liberación, recogen en sus conceptos legales una interpretación actual de los principios anotados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Declaration des droits de l'homme et du citoyen*), proclamada en 1789. En un futuro próximo, las ideas fundamentales de igualdad en los derechos de los individuos, de libertad religiosa, lingüística y de conciencia llegarán a ser objetivadas en la Primera Constitución búlgara promulgada el 16 de abril de 1879 y estarán en el trasfondo del marco jurídico que garantizará la protección de los derechos fundamentales de las minorías en el Estado.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROFESORADO Y DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA EN LA ESCUELA PÚBLICA. COMENTARIO A LA STC 51/2011 DE 14 DE ABRIL

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
wmurcia@der-pu.uc3m.es

SUMARIO:—1. Consideraciones iniciales.—2. Régimen jurídico del profesorado de religión católica.—3. Análisis de la stc 51/2011 de 14 de abril: 3.1. Precedente jurisprudencial. La STC 38/2007 de 15 de febrero; 3.2. Antecedentes que motivaron el Recurso de Amparo; 3.3. La falta de renovación de la DEI. ¿Despido o extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo pactado? Una cuestión de legalidad ordinaria; 3.4. La no renovación de la DEI, basada en la voluntad del docente de contraer matrimonio civil, como una decisión de índole religiosa y moral; 3.5. La ponderación de los derechos enfrentados: la libertad de conciencia de la Iglesia Católica y los derechos fundamentales de la recurrente.—4. Consideraciones finales.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La Constitución española consagra el principio de laicidad en el artículo 16 de la Constitución, a través de la fórmula: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal». Con independencia del acierto de la fórmula, el principio de laicidad conlleva: (i) la separación entre el Estado y las confesiones; y (ii) la neutralidad de los poderes públicos frente a las convicciones religiosas, agnósticas o ateas de los ciudadanos. Así las cosas, ¿Cómo se puede compatibilizar la impartición de la enseñanza de la religión en la escuela pública y el régimen jurídico de su profesorado, con el principio de laicidad del Estado?

El Estado puede adoptar tres posiciones ante el fenómeno religioso: una postura de valoración positiva, una postura de valoración negativa y una postura de neutralidad. Según Suárez Pertierra: «Cada una de ellas se corresponde con un tipo de aprecio por parte del sis-

tema público sobre las creencias religiosas de los ciudadanos. La postura positiva o favorable se sitúa, en el extremo, en la categoría de la *confesionalidad* del Estado; la postura negativa o desfavorable, que puede identificarse con la categoría de *laicismo*, entraña una valoración desfavorable de las ideas religiosas y, en el extremo, desemboca en el Estado hostil; finalmente, el Estado puede adoptar frente al fenómeno religioso una posición ni negativa ni positiva, es decir, neutral»¹.

La separación, según la doctrina, implica: (i) la no-confusión de lo político y lo religioso, es decir, no se pueden adoptar decisiones de carácter público, a partir, de argumentos confesionales y no se debe otorgar eficacia jurídica a normas o actos de las confesiones religiosas, salvo que así lo requiera la libertad de conciencia del ciudadano; (ii) la autonomía de las confesiones religiosas; y (iii) la no-consideración de éstas como entidades públicas².

Por su parte, la neutralidad tiene como consecuencia más importante la igualdad de trato por parte del Estado a los individuos, en tanto que exigencia necesaria de la dignidad de la persona y del pluralismo político. En este sentido resulta necesario distinguir que, en el ámbito de lo público, la garantía de la igualdad resulta imprescindible. Por el contrario en la esfera privada, las opciones espirituales han de ser totalmente libres, sin que pueda tener lugar intervención injustificada alguna de los poderes públicos en estricta observancia del derecho de la libertad de conciencia³. Como expone R. de Asís:

¹ Suárez Perterra, G., «La laicidad en la Constitución Española», en *Persona y Derecho*, n.º 53, 2005, Madrid, p. 158. En un sentido similar Vid. Pena-Ruiz, H., «La laicidad como principio fundamental de concordia, basada sobre la libertad de conciencia y la igualdad», en *Interculturalidad y Educación en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 337-338.

² Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., cit., Además, las SSTC 5/1981, de 13 de febrero y 24/1984, de 13 de mayo, establecen la distinción entre los ámbitos de actuación del Estado y el fenómeno religioso. Por un lado, el componente religioso no puede intervenir como medida de la corrección del comportamiento de los poderes públicos; por otro, la actividad religiosa y la función pública tienen cada una de ellas su propio campo de actuación, de modo que «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso». Esta doctrina Constitucional ha sido posteriormente sostenida, entre otras, en las STC 340/1993, de 16 de noviembre, y STC 46/2001, de 15 de febrero (FJ. 8).

³ Sobre el concepto de neutralidad estatal Vid. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 228; DWORKIN, R., «Liberalism», *Public and Private*

«El ideal de neutralidad que va unido a la laicidad se entiende dentro del contexto del examen del fenómeno religioso y se apoya en la defensa de una serie de valores, con lo que queda fuera del relativismo ético (...) Los parámetros que expresa el principio de Laicidad, aunque poseen una proyección en el fenómeno religioso, se entienden en el marco de una teoría ética que, en cierta medida se corresponde con la teoría de los derechos humanos. No es así extraño que exista una clara conexión entre Laicidad y derechos humanos, o mejor, entre laicidad y una determinada forma de entender los derechos humanos»⁴.

A partir de estos planteamientos, *a priori* desde la perspectiva del principio de Laicidad resulta evidente el difícil encaje de la asignatura de religión confesional en la escuela pública, en horario escolar, con profesores contratados por la Administración y financiada con cargo al erario público. En palabras de Llamazares, «Ni el dogmatismo, ni el sectarismo, ni el proselitismo son compatibles con la neutralidad y, en última instancia, con el respeto debido a la libertad de conciencia del alumno (...) Los valores laicos constitucionales y los valores confesionales no son los mismos, ni siquiera son equivalentes y, aunque lo fueran, su comprensión desde fundamentos distintos les hace inexorablemente diferentes»⁵.

La Constitución no hace mención alguna a la obligación del Estado de impartir enseñanza religiosa en sus escuelas. La obligación surge a partir del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC), de 3 de enero de 1979, suscrito con la Santa Sede, cuyo artículo II establece «los planes educativos de los niveles de educación preescolar de EGB, BUP y los grados de formación profesional correspondientes a alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales».

te Morality, Stuart Hampshire, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1978, según cita: TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 85; HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», en *Claves de la razón práctica*, n.º 129, Enero/Febrero, 2003, pp. 10-11. HABERMAS, J., «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 214.

⁴ ASÍS, R. de, «Laicidad y Teoría de los Derechos Humanos» En: *Laicidad y Libertades*, n.º 4, diciembre de 2004, pp. 109-110.

⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de libertad de conciencia. Libertad de Conciencia y Laicidad*, vol. 2, cit., p. 410.

La concreción legislativa de esta disposición del AEAC ha tenido lugar en el artículo 2 La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁶ y en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁷.

En la actualidad, la enseñanza de la doctrina de la Iglesia Católica en las escuelas se concreta en una asignatura de oferta obligatoria, seguimiento voluntario por parte de los alumnos y que responde a los parámetros de la confesionalidad. No es una asignatura que exponga de manera objetiva, crítica y pluralista, la historia y la cultura religiosas, siguiendo el modelo de enseñanza como hecho cultural, sino que, por el contrario, promueve el catolicismo y persigue la adhesión de los alumnos a sus planteamientos axiológicos.

Una materia de estas características plantea, a partir de los parámetros de la laicidad, no pocos problemas. Algunas de las dificultades a las que se ha tenido que hacer frente hacen referencia al su carácter evaluable o no evaluable, al cómputo de la nota a efectos de acceso a la Universidad o la concesión de becas y ayudas; la previsión de una asignatura alternativa para quienes decidan no seguirla, su ubicación en el horario escolar, entre otras.

⁶ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Artículo 2: «(...) La Libertad Religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho (...) de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sean en territorio nacional o en el extranjero (...) Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

⁷ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su Disposición Adicional Segunda que: «1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas».

Las soluciones a las que en distintos momentos se ha llegado dependen, en concreto, de la interpretación de la obligación de impartir esta enseñanza «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales».

Otro de los asuntos especialmente complejos que plantea la enseñanza religiosa confesional es el relativo al régimen jurídico del profesorado encargado de impartirla. La situación de este colectivo es una de las más complejas desde la perspectiva del Derecho eclesiástico del Estado y plantea un auténtico desafío para la laicidad y la eficacia de los derechos fundamentales.

En los últimos años se han dado una serie de pronunciamientos claves al respecto, el más reciente, se concreta en la STC 51/2011 de 14 de abril, en la que se refleja un debate de máxima relevancia y que alude a la compatibilidad del régimen contractual de los profesores de religión con principios constitucional tales como la tutela judicial efectiva, la igualdad y la no discriminación.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN CATÓLICA

El AEAC regula la situación de los profesores de religión católica en sus artículos III, VI, VII. El primero de estos artículos prescribe que «la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza».

El artículo VI, por su parte, establece que la jerarquía eclesiástica es la competente para determinar los contenidos, libros de texto y material didáctico de la enseñanza de religión, y que los profesores de esta asignatura se someterán al régimen disciplinario de los centros.

Por último, el artículo VII referido a la situación económica del colectivo docente prevé que ésta «se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal española, con objeto de que sea de aplicación a partir de la entrada en vigor del presente acuerdo».

El Acuerdo es ambiguo en muchos de sus términos y, por tanto, sujeto a diversas interpretaciones.

En una primera regulación correspondiente a la década de los ochenta, el colectivo de profesores de religión se vio sometido a diferentes regímenes jurídicos, ya como personal laboral, ya como personal administrativo, sin una definición clara de quién asumía las obligaciones propias del empleador.

La Ley 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, definió con mayor claridad su estatuto, a través de la Disposición Adicional Segunda en los siguientes términos: «Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos, debiendo alcanzarse la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999».

La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, aunque partiendo de la premisa de la obligatoriedad de cursar alguna de las asignaturas (confesional o no confesional) del Área Sociedad, Cultura y Religión, reitera este modelo de contratación laboral determinada por la duración del curso escolar y equiparación salarial.

Finalmente, la LOE establece, al respecto que la designación del profesorado de religión corresponde, de hecho, a la Iglesia Católica; el Estado asume las obligaciones de empleador; la contratación es de naturaleza laboral y la retribución se realiza con cargo a los recursos públicos⁸. Regulación muy similar a las leyes anteriores, dos añadidos

⁸ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su Disposición Adicional Tercera que: «1. Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las

importantes: (i) la remisión al Estatuto de los Trabajadores; y (ii) el condicionamiento del acceso a esta actividad docente por los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Las leyes generales de educación de los últimos veinte años, han optado por una interpretación de máximos del AEAC. Coincidiendo con Celador, podemos afirmar que: «El régimen jurídico de los profesores de religión establecido en la LOGSE y en la LOE si bien se fundamenta en el AEAC, no guarda una relación de causalidad con el mismo, ya que el AEAC no ordena que el Estado sea el empleador de los profesores de religión, o que la relación entre el Estado y los profesores de religión sea de carácter laboral. El AEAC se limita a trazar las reglas de mínimos que deben guiar la relación entre las partes. Por una parte, el Estado se responsabiliza de ofertar la enseñanza de la religión católica de forma voluntaria para los alumnos, y de concertar con la Iglesia el régimen económico de los profesores de religión respetando el marco constitucional. Y por la otra, al tratarse de una enseñanza confesional la Iglesia tiene la competencia para determinar que personas son las adecuadas para transmitir su doctrina religiosa»⁹.

La asunción de obligaciones adicionales a las estrictamente derivadas del AEAC no es irrelevante, por el contrario, tiene una serie de consecuencias para la plena eficacia de la laicidad y los derechos fundamentales de los profesores de religión católica.

Además, como si el desequilibrio del modelo no favoreciera de manera desproporcionada los intereses confesionales, la Iglesia Católica mantiene aún reservas al respecto, considerando que la fórmu-

respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.

En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho».

⁹ CELADOR ANGÓN, O., «Régimen jurídico del profesorado de religión católica en la escuela pública. Comentario a la TCo 38/2007 de 15 de febrero», en *Actum social*, n.º 3, mayo 2007, pp. 32.

la de contratación laboral asumida por la LOE «asimila la situación laboral de los profesores de religión en las escuelas estatales a las formas contractuales generales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, sin reconocer satisfactoriamente el carácter específico de su trabajo derivado de la misión canónica que les encomienda la enseñanza de la religión y moral católica (...) Esto puede restringir indebidamente la competencia del Obispo para retirar la idoneidad cuando tenga que hacerlo en virtud del ordenamiento jurídico de la Iglesia»¹⁰. Es decir, se considera deseable que sea la Administración quien asuma las obligaciones propias del empleador, pero que el «poder de dirección» y de despido sea exclusivo de la jerarquía eclesiástica y que las decisiones que se adopten en este ámbito no sean susceptibles de control por parte de los jueces y tribunales de lo social. Escenario que termina por negar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y la potestad jurisdiccional del Estado.

3. ANÁLISIS DE LA STC 51/2011 DE 14 DE ABRIL

3.1. Precedente jurisprudencial. La STC 38/2007 de 15 de febrero

La constitucionalidad del modelo previsto para los profesores de religión se afirma en la STC 38/2007 de 15 de febrero que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias¹¹, en relación con la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo y de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979.

Las normas objeto de evaluación de constitucionalidad hacen referencia, fundamentalmente, al reconocimiento del derecho a las auto-

¹⁰ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Nueva declaración sobre la LOE y sus desarrollos: profesores de religión y ciudadanía*, Madrid 20 de junio de 2007.

¹¹ El auto de interposición de la cuestión corresponde al juicio 127/2001 y puede consultarse en LÓPEZ CASTILLO, E., *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 225-261.

ridades católicas de proponer a la Administración, a las personas que podrán encargarse de la enseñanza religiosa confesional. Esta propuesta se articula a través de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DED), declaración que, a su vez, podrá ser retirada por la confesión, si ésta estima que el docente ha dejado de cumplir con los requisitos que motivaron su nombramiento y, que por consiguiente, constituye causa de despido o de no renovación del contrato de trabajo.

En concreto el Tribunal Superior de Justicia de Canarias tenía que valorar la legalidad de la no renovación de la relación laboral de una profesora de religión por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado.

En esta sentencia el TC establece una regla jurídica que puede resumirse en que, si bien la separación afirma la competencia eclesial para declarar la idoneidad de los docentes que han de impartir su doctrina en la escuela pública, esta declaración no está exenta de control judicial. La revisión de las decisiones que en este sentido se adopten, conlleva que los jueces y tribunales, en primer lugar, determinen si los motivos que las sustentan son de naturaleza secular o religiosa.

En el caso de motivaciones seculares, cabe interpretar que el control jurisdiccional es absoluto y habrá de tutelar sin matices los derechos laborales del docente. En el caso de motivaciones religiosas, la revisión judicial también debe tener lugar, aunque en estos supuestos, seguirá la lógica de la ponderación de los intereses enfrentados: los derechos de la confesión, por una parte, y los derechos fundamentales de los profesores de religión, por otra (FJ. 7.º y 9.º).

El TC decide, por unanimidad, rechazar los motivos de inconstitucionalidad opuestos a las normas objeto de la cuestión. Además, dadas las características procesales propias de la cuestión de inconstitucionalidad no resuelve el caso concreto que suscitó su pronunciamiento¹².

3.2. Antecedentes que motivaron el Recurso de Amparo

La aplicación de la doctrina expresada en aquél momento, se manifestará en la STC 54/2011 de 14 de abril. En esta decisión el TC

¹² Para un análisis detallado de la STC 38/2007 de 15 de febrero. Vid. CELADOR ANGÓN, O., «Régimen jurídico del profesorado de religión católica en la escuela pública. Comentario a la TCo 38/2007 de 15 de febrero», cit., pp. 31-35.

resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería, de 13 de diciembre de 2001, y contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 23 de abril de 2002.

Las resoluciones impugnadas desestimaron la demanda de una profesora de religión católica a quien no se le renueva su contrato laboral por inidoneidad derivada del hecho de haber contraído matrimonio civil, en contradicción con la perspectiva del derecho canónico que considera que el creyente que opta por esta fórmula de convivencia «no da testimonio de vida cristiana» dada la inseparabilidad entre contrato y sacramento (c. 1055.2 del Código de Derecho canónico).

La profesora no propuesta por el Ordinario diocesano considera vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad ideológica en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma establecida, a no sufrir discriminación y a la intimidad personal y familiar.

3.3. La falta de renovación de la DEI. ¿Despido o extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo pactado? Una cuestión de legalidad ordinaria

La DEI, de conformidad con la Disposición Adicional Tercera de la LOE, será una declaración de carácter anual. A partir de esta previsión, los contratos de los profesores de religión católica que celebra la Administración tienen una duración determinada por el curso académico.

En el caso que se analiza, la recurrente no puede continuar prestando sus servicios no porque se produzca un despido formal sino como consecuencia de la no renovación de su contrato por las causas antes reseñadas.

Las sentencias impugnadas en amparo desestimaron la pretensión por apreciar falta de acción, toda vez que los órganos judiciales han entendido que no existió despido, sino extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo pactado, con lo que se estaría en el ámbito de aplicación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores que señala: «1. El contrato de trabajo se extinguirá: c. Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del con-

trato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación».

En relación con este argumento del Juzgado de la Social y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, es importante destacar, constituye el fundamento principal de sus sentencias; el TC excluye la posibilidad de pronunciarse.

El TC considera que la concreta pretensión de la recurrente, en el sentido de calificar su situación como despido nulo es «una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los jueces y tribunales de la jurisdicción social» (FJ. 3.^o), de conformidad con el artículo 117.3 CE

3.4. La no renovación de la DEI, basada en la voluntad del docente de contraer matrimonio civil, como una decisión de índole religiosa y moral

Siguiendo los criterios establecidos en la STC 38/2007 de 15 de febrero, el TC debe, en primer lugar, determinar si la no renovación de la DEI de la recurrente en amparo obedece a una motivación de naturaleza secular o religiosa. En caso de que los argumentos esgrimidos por la Iglesia Católica ostenten esta última naturaleza, se debe tener en cuenta que el principio de laicidad dado su componente de separación, implica la no confusión de las competencias de los poderes públicos con aquellas que correspondan a la confesión. Lo que no implica la negación del control jurisdiccional, sino la obligación de llevar una posterior ponderación entre los distintos derechos enfrentados.

Al respecto, el TC considera, en primer lugar, que es notoria la importancia que el matrimonio como sacramento tiene para la moral católica y, en segundo lugar, que el juicio de idoneidad sobre las personas que han de impartir la enseñanza de dicho credo no se limita a la estricta consideración de sus conocimientos dogmáticos o de sus aptitudes pedagógicas sino que «es extensible a los extremos de la propia conducta en que el testimonio personal es determinante de la aptitud o cualificación para la docencia». En consecuencia, afirma

que la decisión del Obispado de no proponer a la demandante como profesora de su doctrina responde a «una razón cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada» (FJ. 10.º).

3.5. La ponderación de los derechos enfrentados: la libertad de conciencia de la Iglesia Católica y los derechos fundamentales de la recurrente

Una vez determinada la naturaleza de la decisión adoptada por la Iglesia Católica y teniendo en cuenta que la misma no está exenta de control jurisdiccional, el TC se enfrenta a la cuestión de valorar si la negación de la DEI a la recurrente encuentra cobertura en el derecho fundamental a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia Católica; o, si por el contrario, tal decisión de la jerarquía eclesiástica vulnera el derecho fundamental de la demandante a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la Ley (art. 32 CE), y asimismo en relación con su derecho a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), y su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18. 1 CE).

En la respuesta a este interrogante el Tribunal lleva a cabo una *aclaración previa* y, finalmente, explicita el *argumento que fundamenta en sentido estricto su decisión*.

La *aclaración previa* alude a que no existe elemento probatorio alguno que permita afirmar que «en su actividad docente como profesora de religión la demandante hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia Católica en relación con el matrimonio, realizado apología del matrimonio civil, ni (...) hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada». Luego, las acciones de la recurrente se han mantenido en la esfera de su intimidad personal y familiar (FJ. 12.º).

La sentencia explicita el *argumento fundamental* que la sustenta, señalando que la decisión eclesiástica «no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana».

A continuación, añade que en el caso «la demandante, a la sazón de estado civil soltera, no tenía otra opción que acogerse a la figura civil legalmente establecida si quería contraer matrimonio con el hombre elegido, dado que éste se hallaba divorciado de su anterior cónyuge pero no había obtenido la nulidad canónica de ese matrimonio» (FJ. 12.º).

Con este razonamiento, el TC decide otorgar el amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio y a la intimidad personal y familiar, lo que conlleva la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas y la retroacción de las actuaciones procesales al momento anterior al pronunciamiento del Juzgado de lo Social.

En definitiva, el TC reitera que las decisiones de la Iglesia Católica en relación con el profesorado que imparte su doctrina en la escuela pública están sujetas a control jurisdiccional, tanto si obedece a razones seculares como si responde a consideraciones religiosas. En este último supuesto procede una ponderación de los derechos implicados.

En el caso concreto de la motivación fundada en la celebración de matrimonio en la forma y con los efectos de la legislación civil, habrá de prevalecer el *ius connubii*. No obstante, se incluye un criterio absolutamente restrictivo que alude a que la regla enunciada se aplicará si el ejercicio de este derecho no puede seguir los cauces previstos en el Derecho canónico.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien la STC 51/2011 de 14 de abril puede parecer, desde un análisis puntual y ajeno a la sistemática jurisprudencial, un pronunciamiento acorde con el principio de laicidad reconocido en la Constitución, en la medida en que racionaliza la potestad de la Iglesia Católica de otorgar o negar la Declaración Eclesiástica de Idoneidad a los docentes encargados de impartir su doctrina en la escuela pública, la solución adoptada no resulta satisfactoria.

Las razones de esta insatisfacción pueden resumirse en tres *objeciones puntuales* en tanto que otorgan una presunción de validez a la premisa de la cual parte todo el razonamiento de intérprete constitu-

cional: «la plena constitucionalidad de la presencia de la enseñanza confesional en la escuela pública» y una *objeción general* en tanto que cuestiona dicha premisa en sí misma.

La *primera objeción puntual* se refiere a la consideración que lleva al TC a otorgar el amparo a partir de la imposibilidad de la recurrente para contraer matrimonio a través de las formas y con los efectos sacramentales del Derecho Canónico. El hecho de que su cónyuge sea una persona divorciada que no ha obtenido la nulidad eclesiástica, puede dar lugar a una interpretación excesivamente restrictiva de la doctrina constitucional, situación muy habitual cuando los intereses de la Iglesia Católica son objeto de valoración.

La interpretación restrictiva aludiría a que la autonomía de la Iglesia Católica para negar la DEI a sus docentes que hayan contraído matrimonio civil, sólo cede frente al derecho fundamental del afectado, en caso de que dicho derecho no pudiera ejercerse con arreglo a la normativa eclesiástica.

Esta ponderación de los derechos implicados es insuficiente. Cabe la posibilidad de que el TC no quisiera condicionar hasta tal punto el ejercicio del derecho a contraer matrimonio en forma civil, sino que, por el contrario, añadiera esta última consideración del FJ. 12.º a efectos de ampliar su argumentación. Sin embargo, esta tesis hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia y, aunque estas concreciones en relación con el supuesto fáctico son inevitables en la resolución de los recursos de amparo, puede actuar como criterio de limitación de los derechos fundamentales en aquellos casos similares que sean puestos en conocimiento de la jurisdicción.

La *segunda objeción puntual* se refiere a la calificación de la decisión del Obispado como una decisión de naturaleza religiosa. Es acertado considerar que quienes imparten enseñanza religiosa confesional han de manifestar, cierta coherencia pública, con los valores que dicen representar. No obstante, es importante detenernos en los conceptos que recoge el c. 804.2 del Código de Derecho canónico al exigir que los profesores de sus dogmas «(...) destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica». «Aptitud pedagógica», «recta doctrina» y sobre todo «testimonio de vida cristiana» son nociones de tal indeterminación que, con una mínima motivación, en ellas cabe cualquier acto de vida pública o privada de un docente.

Esta indeterminación impide formular una regla general que limite el poder de designación eclesiástico, nos avoca a un casuismo excesivo y elimina cualquier posibilidad de dotar de seguridad jurídica y de estabilidad laboral a los profesores de religión.

La *tercera objeción puntual* se refiere a la negativa del TC a pronunciarse sobre la naturaleza de despido o de extinción por expiración del tiempo pactado del contrato de trabajo de la recurrente. El principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria sobre esta cuestión laboral tiene un fundamento constitucional absoluto y, por lo tanto, la sentencia que otorga el amparo no podía pronunciarse al respecto.

Atendiendo al principio de exclusividad, se ordena la retroacción del proceso al momento previo al pronunciamiento del Tribunal de lo Social. Esta decisión, difícilmente permite que la previsible pretensión de la demandante de continuar en su puesto de trabajo sea atendida.

El argumento principal de las decisiones recurridas radicaba en la inexistencia del despido y se mostraba favorable a la calificación de la situación como extinción del contrato de conformidad con el artículo 49 ET. Con la STC objeto de análisis en nada se afecta este razonamiento, lo que pone de manifiesto el nivel de complejidad y la dificultad de llegar a soluciones satisfactorias en lo que respecta al régimen jurídico de los profesores de religión.

Esta situación nos tiene que llevar a considerar seriamente, una vez más, la contradicción de fondo que supone que un Estado laico, como España, asuma la obligación de impartir enseñanza religiosa confesional en sus escuelas públicas.

Podemos ensayar distintas fórmulas en relación con los docentes, en particular; y con la asignatura, en general, pero difícilmente llegaremos a hacer compatible lo incompatible. Aquí es donde resulta obligado plantear la *objeción general* al razonamiento de la STC 54/2011 de 14 de abril.

La premisa implícita de la que parte esta sentencia se plantea en la STC 38/2007, de 15 de febrero. Esta resolución incluye una serie de pronunciamientos clave, en relación con el reconocimiento del derecho de las confesiones religiosas y, en concreto a la Iglesia Católica, a impartir su doctrina en la escuela que podemos identificar en las siguientes afirmaciones: «(...) El contenido del derecho de libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de

una esfera individual o colectiva que permite a los ciudadanos con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras) pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del artículo 2 LOLR, según el cual “para la aplicación real y efectiva de estos derechos (...) los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar (...) la formación religiosa en centros docentes públicos» (FJ. 5.º).

El citado fundamento de la sentencia comentada, en definitiva, reconoce la compatibilidad con la Constitución del derecho de las confesiones religiosas a impartir la enseñanza de su doctrina en los centros docentes públicos.

El derecho de rango legal, en opinión del TC, no sólo no contradice el principio de laicidad, sino que, además, vendría a ser manifestación de la libertad de conciencia en su vertiente colectiva y se vería reforzado por el mandato de cooperación.

Esta declaración que, en principio, resulta tan categórica, se matiza a través de reiteradas declaraciones a lo largo de la sentencia en el sentido de que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es «si resulta o no constitucionalmente aceptable la enseñanza de la religión católica en los centros escolares», lo que nos llevaría a considerar buena parte del FJ 5 un *obiter dicta*. Calificación que se puede ver reforzada por la siguiente afirmación del FJ 13: «(...) Si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual la enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo».

No es, por tanto, evidente que el TC esté reconociendo el derecho en cuestión a las confesiones religiosas. Sin embargo, el FJ 5 de su sentencia constituye uno de los principales argumentos de la STS de

10 de diciembre de 2008. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo afirma el pleno ajuste constitucional del derecho de las confesiones a impartir su doctrina en la escuela pública y lo vincula directamente, sin matices, con el derecho de libertad de conciencia (art. 16.1 CE).

La discusión previa a las sentencias se desarrollaba a partir del planteamiento de dudas suficientes de inconstitucionalidad al supuesto derecho del artículo 2 LOLR, y, como paso siguiente, se planteaba una eventual racionalización del AEAC.

Esta forma de abordar el conflicto, tras las sentencias analizadas, parece superado y la respuesta definitiva: la plena constitucionalidad de la enseñanza religiosa confesional, no parece dirigida a promover un necesario consenso en la población española sino que, por el contrario, favorece los intereses de una partes, en perjuicio de las posiciones laicas y de sus argumentos que, en tanto que razonables, no pueden ser ignorados sin una fundamentación más amplia de la que se ofrece.

Se afirma, en definitiva, que las confesiones religiosas tienen derecho a divulgar su doctrina en las escuelas con las consiguientes obligaciones que esto conlleva para los poderes públicos. La argumentación alude al concepto de «laicidad positiva»¹³ que añadiría, a la separación y a la neutralidad, el mandato de cooperación y, por otra, reitera el carácter vinculante del AEAC y su naturaleza de tratado de Derecho Internacional.

Frente a la interpretación de la «laicidad positiva» como concepto que daría cobertura a la formación en la doctrina confesional, Prieto Sanchís considera que: «Este es un criterio que, pese a su formulación positiva, tiene un sentido obligacional negativo: la exigencia de cooperación lo único que excluye de manera clara es una actitud hostil o anticlerical, pero cuál sea la naturaleza y alcance de la cooperación es algo que queda abierto a la acción política y legislativa»¹⁴. Acción

¹³ El Tribunal Constitucional en su STC 46/2001, de 15 de febrero, introduce el término «laicidad positiva». En esta sentencia se indica que los poderes públicos deben prestar una actitud positiva en relación con las confesiones, cuya «especial expresión», según la norma constitucional incluida en el artículo 16.3, es la cooperación subsiguiente al mandato de neutralidad y calificada por la distinción entre fines religiosos y estatales, que no pueden confundirse.

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «Religión y Política. A propósito del Estado laico». En: *Persona y Derecho*, n.º 53, Madrid, 2005, p. 122.

que estaría condicionada por la neutralidad y la separación, y que, por lo tanto, sólo sería posible en determinados ámbitos, dentro de los que no se incluye la escuela pública. En esta institución la libertad de conciencia y, sobre todo, la igualdad son valores fundamentales y derechos a tutelar, sin limitaciones como los que introduce una enseñanza religiosa confesional de oferta obligatoria aunque, obviamente, de seguimiento voluntario.

En cuanto al carácter vinculante del AEAC, como tratado, los obstáculos son de primer orden. Aunque existen indicios de inconstitucionalidad en sus previsiones y es posible racionalizar sus exigencias, excluir la enseñanza de religión católica de la escuela conllevaría, previsiblemente, para el Estado español, la atribución de un incumplimiento que daría lugar a responsabilidad internacional. Ante esta dificultad, por todos es conocida, la insistencia de un sector de la opinión pública en el sentido de iniciar un proceso de revisión o denuncia de los Acuerdos con la Santa Sede, con la finalidad de suprimir una serie de privilegios que se consideran insostenibles¹⁵.

A pesar de estas dificultades, la experiencia cotidiana en relación con los profesores de religión católica y con la asignatura como tal (su carácter evaluable, el cómputo de la nota, su ubicación en el horario escolar, la previsión de una alternativa, etc.), pone de manifiesto que la laicidad no es susceptible de compatibilizarse con el proselitismo y el adoctrinamiento en los dogmas de una confesión en las escuelas públicas.

Reconocer un derecho en tal sentido no sólo es moralmente rechazable y jurídicamente insostenible sino que, además, plantea auténticos dilemas prácticos que sólo dan lugar a soluciones contrarias al reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.

No se trata de negar la relevancia del conocimiento del hecho religioso sino de afirmar el compromiso exclusivo del Estado y sus instituciones con aquellos valores susceptibles de ser compartidos por todos los ciudadanos. En consecuencia, no sólo la incongruencia del régimen jurídico de los profesores de religión debe alertarnos, sino, la presencia misma de la enseñanza religiosa confesional en el sistema educativo, que termina por negar la igualdad en el ejercicio de la libertad de conciencia fundamento último del principio de laicidad.

¹⁵ Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Educación en valores y Enseñanza religiosa en el Sistema educativo español», En: *Interculturalidad y Educación en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 418-422.

EL SUJETO DE DERECHO EN PUFENDORF

ANTONIO PELE

Universidad Carlos III de Madrid

antonio.pele@uc3m.es

SUMARIO:—1. El individuo construye su dignidad.—2. Entendimiento y voluntad: rasgos de la dignidad de la naturaleza humana.—3. La libertad humana: base de la dignidad moral del ser humano.—4. El reconocimiento de la igual dignidad: 4.1. Igual dignidad y respeto; 4.2. Igual dignidad y seguridad.

Con el *De iure naturae et gentium* (1672), se ha considerado a Pufendorf (1632-1694) como el impulsor del derecho natural moderno. Un punto de partida, es su consideración del ser humano y en particular de la naturaleza humana, como base legitimadora del propio derecho. Más incluso: vincula un sujeto de derecho con una cierta definición de la dignidad humana. Este trabajo pretende mostrar cómo la aparición del sujeto de derecho en Pufendorf deriva, en parte, de este incipiente reconocimiento de la dignidad humana. En una primera parte, mostraré cómo la dignidad humana parece derivar de una construcción voluntarista. Por un lado, Pufendorf reconoce unos rasgos antropológicos e innatos a los individuos (entendimiento y voluntad) y por otro, ubica una dignidad moral del hombre en el ejercicio de su libertad. En una segunda parte, señalaré cuáles han sido los alcances del reconocimiento de la igual dignidad por parte de Pufendorf.

1. EL INDIVIDUO CONSTRUYE SU DIGNIDAD

Por un lado, el individuo posee una dignidad que deriva de unos rasgos inherentes a la naturaleza humana. El entendimiento y la voluntad son características que diferencia al ser humano de los ani-

males. Por otro lado, la libertad aparece como la manifestación de esos rasgos y permite al individuo alcanzar una dignidad moral.

2. ENTENDIMIENTO Y VOLUNTAD: RASGOS DE LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA

En sus consideraciones preliminares, Pufendorf abre su tratado *Del derecho natural y de gentes* operando una distinción entre los «seres físicos» (*entia physica*) y los «seres morales» (*entia moralia*) lamentando que las características de estos últimos no hayan sido suficientemente definidas por la metafísica. Parece volver al argumento de la *scala naturae* cuando explica lo que entiende por esos dos tipos de ser: «toda cosa que entra en la composición del universo poseía unos principios esenciales y distintivos, que el Creador ha ampliamente facilitado y distribuido entre ellas». Sigue con un tono aristotélico: «se nota también en cada una algunas propiedades particulares que resultan de la disposición de la sustancia y algunas operaciones proporcionales al grado de fuerza que Dios le ha comunicado con la existencia»¹. Pufendorf supone implícitamente una jerarquía entre los seres a partir de sus rasgos naturales. Singulariza al ser humano de los restantes seres apuntando una característica particular. A diferencia de los animales que obedecen al «ciego movimiento» de las impresiones de la naturaleza, el ser humano es el único a conformar su conducta con las reglas que él mismo se fija a través de su voluntad. En realidad, Pufendorf sigue un rasgo de la construcción histórica de la dignidad de la naturaleza humana y que consiste en sustraer al ser humano del yugo de la naturaleza, para incluirle en el mundo cultural, donde obedece solamente a las reglas que él mismo se otorga². Pufendorf señala entonces dos característi-

¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, «Préliminaires», (§II), trad. J. de Barbeyrac, J. R. Thourneisen, (ed), Bâle, [1732], reed. por el Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, «Bibliothèque de philosophie politique et juridique», Caen, 1987, p. 2. Acerca de los *entia moralia* y de los *entia physica*, véase BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 69-76. Para una crítica de la dificultad de la teoría de Pufendorf, consultar MARÍN Y MENDOZA, J., *Historia del Derecho Natural y de Gentes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, p. 43. Habla del «laberinto de sus entes morales con que principia y que sólo sirve de confusión [sic.]».

² Véase por ejemplo DECIO, F., *Discurso sobre las Loas a las Ciencias y a la Academia Valentina en Discursos Inaugurales de la Universidad de Valencia*, A. Va-

cas: el «entendimiento» y la «voluntad» que, al combinarse, permiten al individuo afirmar su libertad. Compara el «entendimiento» con una «Luz excelente» que ilumina el alma humana. Permite concebir ideas acerca de los objetos que se presentan a la persona y descubrir los principios de verdades desconocidas. Más precisamente, Pufendorf insiste en que sirve al ser humano para adecuar su conducta con un principio de utilidad y de prudencia. Así, el ser humano no está nunca sometido a unas operaciones uniformes e invariables que son lo propio de la «simplicidad grosera y de la horrorosa licencia de la bestias brutas». Identifica al hombre con los llamados «Seres morales» cuyas acciones reflejan la conveniencia. La vida humana es así un «bello orden». Además, Pufendorf elogia no solo esta cualidad moral sino también la dimensión corporal, hablando de la «maravilla disposición del cuerpo», neutralizando por tanto cualquier dualismo en la naturaleza humana³. Muchos de sus planteamientos transmiten ideas que están ya presentes en el discurso humanista de la *dignitas hominis*: superioridad de la naturaleza humana sobre la animal, identificación de ciertas características morales como marcas de esta superioridad y afirmación de la libertad humana en la capacidad de seguir sus propias leyes. La novedad de Pufendorf consiste en su énfasis en una característica de la naturaleza humana: su perfecta ordenación interna a través de la combinación entre la razón y la voluntad. En consecuencia, Pufendorf no comparte el innatismo de Grocio. Defiende al contrario el llamado «nominalismo» en relación con la existencia de «seres físicos». No son eternos, no tienen una existencia fuera de la experiencia y no son independientes de Dios⁴.

Después de esas consideraciones preliminares, Pufendorf reitera su elogio de la naturaleza humana en base al entendimiento que la distingue de la animal. Habla así de la «excelencia del hombre» en comparación con las bestias que obedecen a «ciegos movimientos». El alma humana posee un «orden infinitamente superior», una «viva

lentín Estévez & F. Pons Fuster (Coord.), Universitat de Valencia, Valencia, 2004, p. 235.

³ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, «Préliminaires», (§II), cit., p. 3.

⁴ Sobre esta cuestión, véase MILLER, J., «Innate ideas in Stoicism and Grotius», cit., p. 154. Acerca del origen del nominalismo y del voluntarismo con la particular influencia de Guillermo de Ockham, consultar BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, cit., pp. 17-19 y CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del derecho natural. Un ensayo*, cit., p. 241.

luz» que le permite no sólo conocer las cosas sino también juzgarlas, aceptándolas o rechazándolas de acuerdo con su utilidad. Pufendorf describe entonces el funcionamiento de esas facultades humanas. El entendimiento se dirige hacia la acción en la aprehensión de un objeto. Primero, «como un espejo» presenta a la voluntad, la oportunidad o la inoportunidad, el bien o el mal de dicho objeto. Segundo, decide del tipo de conducta y adecua los medios a los fines. En resumen, el entendimiento es el «principio» y la «antorcha» de toda «acción voluntaria del hombre»⁵. El voluntarismo es evidente cuando considera Pufendorf que los hombres pueden dejar su naturaleza primitiva, gracias a su propia voluntad, añadiendo una dimensión cultural, que se expresa en su libertad⁶. En las manos de Pufendorf, el derecho natural se convierte en un «derecho de la cultura», en el conjunto de aquellas normas que obligan al ser humano al cultivo de su naturaleza biológica⁷. La naturaleza moral procede así de la misma voluntad de los hombres y no es innata, sino adquirida. Pufendorf acentúa la separación entre, por un lado, la razón y el derecho natural y, por otro, la revelación y la teología moral. Como señala Brufau Prats, la hipótesis grociana se hace prácticamente tesis en Pufendorf⁸. Con la influencia del cartesianismo⁹, el derecho natural se vuelve un producto de la razón humana asegurándole su autonomía¹⁰. La libertad aparece entonces como la facultad que demuestra una dignidad inherente al ser humano.

3. LA LIBERTAD HUMANA: BASE DE LA DIGNIDAD MORAL DEL SER HUMANO

Los llamados «seres morales» proceden de Dios y también de la misma «voluntad de los hombres». Simbolizan un grado superior de la persona humana cuyo fin es el «perfeccionamiento de la vida

⁵ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L.I, Chap.III, § I y III), cit., pp. 38 y 39.

⁶ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L. I., Chap. I, §IV y VI), cit., pp. 5-6.

⁷ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., pp. 135-136.

⁸ BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, cit., pp. 35 y 45-46.

⁹ BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, cit., pp. 27-28 y 30.

¹⁰ TRUYOL Y S^oERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho. Del Renacimiento a Kant*, cit., pp. 263 y 264.

humana»¹¹. Presuponen, para Truyol y Serra, «la libertad del albedrío» a diferencia de las *entia physica*, regidos por la necesidad¹². En efecto, Pufendorf considera que las *entia moralia* constituyen «personas morales». Se refieren a los hombres porque son los únicos a disponer de un poder sobre sus acciones y su persona. Este poder, Pufendorf lo escribe en mayúscula y es la «LIBERTAD»¹³. Como comenta Carpintero Benítez, «esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad que ha de ser entendida ad *analogicam spatii*, como una facultad de hacer al modo que una cualidad activa (...). El hombre es pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que hace de tener en cuenta la ciencia jurídica (...)» Y concluye Carpintero Benítez: «(...) lo constitutivo de la persona, en el nuevo sentido que adquiere con Pufendorf esta palabra, es esa libertad expansiva. La persona es, así, un ser desvinculado del mundo que le rodea, que es naturaleza regida y sometida a las leyes»¹⁴. Todescan señala igualmente cómo las *entia moralia* constituyen el fundamento que permite reconocer una autonomía al ser humano¹⁵. Peces-Barba va más lejos, considerando que los *entia moralia* «completan el ser» y «ayudan al perfeccionamiento de la condición humana, es decir, al desarrollo de su dignidad»¹⁶. La naturaleza humana no aparece como externa e innata al individuo, sino externa y construida por el individuo. En efecto, cada ser humano puede, gracias a su voluntad, configurar esta naturaleza humana.

Al principio del Libro II, Pufendorf contempla el estado de naturaleza de los hombres y aprovecha para profundizar el concepto de libertad. Como recuerda Rommen¹⁷, el individualismo inherente al derecho natural aparece sobre todo en la teoría del estado de naturaleza, es decir, en la exaltación del estado pre-político del hombre. Para

¹¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, «Prélimaires», (§III), cit., p. 4.

¹² TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho. Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 263.

¹³ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L. I., Chap I, §12, 15 y 19), cit., pp. 13-14 y 18.

¹⁴ CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del derecho natural. Un ensayo*, cit., pp. 236 y 243.

¹⁵ TODESCAN, F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico (III)*, Giuffrè, Milán, 2001, p. 42.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, cit., p. 41.

¹⁷ ROMMEN, E., *Derecho Natural. Historia-Doctrina*, cit., pp. 72 y 73.

Pufendorf, los hombres nacen con esta libertad, una facultad interna que les permite hacer o no hacer lo que consideran como oportuno. Pero esta libertad no es absoluta, es decir, sin obstáculos y defectos. No puede tampoco asimilarse a la libertad de los animales que, por ser dependiente de toda ley (y ser amplia en este sentido) es residual. Lo que distingue la libertad humana es su concreción en la moralidad. A partir de este momento, Pufendorf habla propiamente de «la dignidad y la excelencia del hombre»:

«La dignidad y la excelencia del hombre por encima del restante de los animales requiere que conforme sus acciones con una Norma, sin la cual no se podría concebir ningún orden, ninguna belleza, ninguna beneficencia. Nuestra más grande ventaja es sin duda poseer un alma inmortal, iluminada por las luces del Entendimiento, adornada por la Facultad de juzgar las cosas y de realizar una justa elección, muy ingeniosa en inventar diversas artes que *nos vuelven capaces dominar todos los otros animales*. Pero esta alma no nos fue concedida solamente *para amar nuestro cuerpo y preservarlo de la corrupción*: el Creador tuvo miradas más altas al hacernos un regalo tan valioso. Para convencerse basta reflexionar sobre las facultades principales de nuestra alma que contribuyen en poca medida a la conservación del Cuerpo; con menos recursos hubiera sido posible salvaguardar todo este magnífico aparato. En efecto las cosas donde la grandeza y la fuerza de nuestra mente se hacen más sentir, son las relativas al culto de la Divinidad y los deberes de la Sociedad Civil. A qué sirve particularmente la ventaja que tiene el hombre de deducir principios conocidos de verdades desconocidas; prescindir de Ideas particulares para formular Ideas Generales, inventar signos para comunicar sus pensamientos con los demás; conocer los Números, los Pesos y las Medidas y compararlas en su conjunto; comprender lo que es el Orden, sentir toda su virtud y seguirla en las acciones; emocionarse con las pasiones, calmar o regularlas; conferir a su memoria una infinidad de cosas y recordarlas según la ocasión; reflexionar sobre sí mismo, repasar y reunir sus ideas y compararlas con sus acciones, de donde nace el Imperio de la conciencia: todas cosas que tendrían poco uso en una vida salvaje, sin Ley, sin Sociedad»¹⁸.

El individuo tiene que recurrir a sus facultades más altas para no despreciar su excelencia moral. Pufendorf parece condensar toda la tradición de la reflexión sobre la dignidad del hombre parafraseando por ejemplo a Ovidio en cuanto la capacidad del hombre para dominar los animales y a Cicerón en relación con los fines superiores del

¹⁸ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L.II, Chap.I, §V), cit., pp. 145-146.

alma¹⁹. Incluso, reproduce quizás, la consideración platónica de la mente humana que se define en su capacidad para ordenar las cosas del mundo²⁰. Insiste en las capacidades racionales del ser humano que le permiten, por un lado, determinarse a sí mismo, y aprehender la realidad, recordando los rasgos del *homo curiosus* que busca un sentido al mundo que le rodea. Por otro lado, su entendimiento le permite comunicarse con los demás, subrayando una sociabilidad inherente pero voluntaria. En Pufendorf, la dignidad de la naturaleza humana exige una libertad vinculada éticamente sin la cual no hubieran sido posibles, el orden, el valor y la belleza en la vida humana²¹. Por fin, Pufendorf no desprecia el cuerpo. No sólo es una «maravilla» sino que las pasiones equilibradas conforman su dignidad. Al rehabilitar el cuerpo, rehabilita la vida humana y mundanal, haciendo que su concepto de dignidad se refiere a un ser humano centrado en el mundo. Se puede destacar dos ideas básicas en Pufendorf en relación con esta visión de la dignidad del ser humano. Primero, sirve para asentar la legitimidad del derecho, de ahí su insistencia en las dimensiones sociables y morales del ser humano, que se plasman en su afán de orden. Segundo, el ser humano aparece perfectamente equilibrado, como un mecanismo de relojería, que sabe encontrar una perfecta armonía entre todos los elementos de su naturaleza, planteamiento que procede seguramente del nuevo papel de las ciencias en la época y de su consideración de la mente humana²². Hay aquí la prueba de que la visión mecanicista del hombre no se opone a la dignidad humana sino que ha estimulado su desarrollo en la reflexión filosófico-jurídica, como lo ha hecho Descartes y como lo hará en el siglo XVIII Julien Jean Offray de la Mettrie²³.

¹⁹ OVIDIO, P., *Metamorfosis* (I, 76-77), trad. C Álvarez, C., & R. M.^a Iglesias, Cátedra, «Letras Universales», Madrid, 1995, p. 69: «Un ser más grande que éstos y más capaz de una mente profunda faltaba todavía y que pudiera dominar sobre los demás: nació el hombre (...)». CICERÓN, M. T., *Del Supremo bien y del supremo mal* (V, 13), cit., pp. 296-297: «(...) pues nos amamos a nosotros mismos y queremos que todas nuestras facultades espirituales y corporales sean perfectas, también a ellas las amamos por sí mismas, y ellas son los factores más importantes para la vida feliz».

²⁰ PLATÓN, *Fedón* (99c-100c), en *Diálogos* (III), trad. C. García Cual, M. Martínez Hernández & M. Lledó, Gredos, Madrid, 1997, pp. 108-110.

²¹ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., p. 145.

²² WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., p. 135.

²³ LA METTRIE, J-O, (de), *El hombre máquina* en *Obra Filosófica*, trad. de Gras Balaguer, Editora Nacional, «Clásicos para una biblioteca Contemporánea», Madrid, 1983.

Conviene seguir el texto de Pufendorf que pretende demostrar porqué los hombres disponen de una libertad moral y porqué deben conformarse al derecho. Después de la descripción de todos los rasgos que conforman la dignidad y la excelencia del hombre, añade:

«Ahora bien, más numerosos y considerables son los talentos que hemos recibidos del Creador, más vergonzoso sería dejarlos hundidos por falta de cultura o usar y agotarlos inútilmente actuando al azar sin regla ni medida. No es vano si Dios nos ha conferido, con un alma capaz de formar ideas de un bello orden, el poder de conformarnos a ellas en toda nuestra conducta. Quiere sin duda que mediante un buen uso de nuestras facultades, hagamos estallar la gloria de nuestro Creador y que por tanto trabajemos también a volvernos nosotros mismos más felices»²⁴.

Pufendorf recoge la implícita dinámica de la *scala naturae*²⁵ que urge que cada individuo desarrolle sus facultades más altas para no desperdiciar su excelencia. Debe con su voluntad humana concretar la voluntad divina. Se puede recordar en este sentido un texto de Pico della Mirandola: «(...) *Dioses sois todos e hijos del Altísimo* y que por usar mal de la benevolentísima generosidad del Padre, no vayamos a convertir en perniciosa la saludable opción libre que nos otorgó»²⁶. Pufendorf sigue el mismo razonamiento: la libertad humana consiste en mostrarse digno de los dones excelentes que Dios ha depositado en el individuo. Por esta razón, alerta Carpintero Benítez, es preciso no dejarse dominar por la «capacidad persuasiva» de Pufendorf, que mantiene siempre una noción de ley o de derecho natural que poco se diferencia de su concepción en la tradición estoica-cristiana²⁷. Ahora bien, existe una sutil diferencia: para los humanistas renacentistas, se trata de unirse a Dios a través del ejercicio de la virtud²⁸. Pufendorf habla por su parte de actividades puramente mundanales y prácticas entre las cuales destaca la facultad de ade-

²⁴ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.II, Chap.I, §V), cit., p. 146.

²⁵ Lo ha visto también GOYARD FABRE, en *Pufendorf et le Droit Naturel*, PUF, París, 1994, p. 63. (La autora habla de «l'échelle des êtres»).

²⁶ PICO DELLA MIRANDOLA, G., *De la dignidad del hombre* (3), cit., pp. 107-108.

²⁷ CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del Derecho natural. Un ensayo*, cit., p. 233.

²⁸ Véase por ejemplo BOVELLES, CH. (de), *De Sapiente*, (Cap.XIII), trad. de P. Magnard, Vrin, París, p. 123.

cuar su conducta con la ley moral. La «conciencia»²⁹ es el «juez interior» que cada uno tiene respecto a las «acciones morales» y que responde a los principios de la ley. Esta ley puede proceder de Dios pero su concreción es jurídica, y en este sentido, se puede hablar de una muy incipiente secularización del derecho. No obstante, el punto fundamental de diferencia se encuentra en el origen de la naturaleza humana. Los humanistas renacentistas insisten en el parentesco entre Dios y el ser humano³⁰. Pufendorf insiste en la fuente misma de este origen: la naturaleza humana no es una idea racional sino una «creación contingente de la voluntad divina»³¹. Este voluntarismo se opone a Grocio y a los escolásticos. Implica que el hombre actúe de acuerdo con la voluntad de Dios, concentrado a su vez toda su voluntad en el desarrollo de sus facultades racionales y sociales. La unión con Dios no es una unión contemplativa, basada en el amor, sino fundada en voluntades recíprocas, abriendo el campo a la legitimidad del derecho.

Pufendorf añade otra razón por la cual el hombre debe conformarse a la moralidad y no tener una libertad tan amplia como la de las bestias: los hombres «son más malos que ellas»³². En este sentido, el derecho se justifica como «coacción» de las posibles pulsiones descontroladas de los hombres, imbuidos en su *imbecilias*, es decir, su debilidad natural³³. Esas pulsiones son superiores a la de los animales, tanto en intensidad como en extensión: necesidades, sentimientos y pasiones, todo predispone a la explosión del deseo humano personal en detrimento de los demás. Pufendorf señala particularmente la «vanidad y el orgullo»³⁴ como causas de

²⁹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.I, Chap.III, §IV), cit., p. 41.

³⁰ Véase por ejemplo MANETTI, G., *De Dignitate et Excellentia Hominis*, (III, 9) Leonard, E. R., (dir.) Antenore, Padua, 1975, p. 71.

³¹ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho. Del Renacimiento a Kant*, cit., p.264.

³² PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.I, Chap.II, §VI), cit., p. 146.

³³ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., p. 143. Por esta razón Bloch considera que el Derecho Natural de Pufendorf sirve sólo a justificar la coacción estatal, BLOCH, E., *Derecho Natural y Dignidad Humana*, cit., p. 52. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del derecho natural. Un ensayo*, cit., pp. 191-192.

³⁴ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L. I, Chap. II, §VI), cit., p. 146.

los males humanos. Es a partir de este sentimiento de debilidad que los seres humanos tienen el impulso de unirse racionalmente con los demás. Pufendorf vuelve entonces a repetir un credo clásico: «en el mundo no hay animal que pueda ni quiera hacer más daño al hombre que el hombre mismo»³⁵. Pufendorf se separa aquí también de Grocio y no contempla la sociabilidad como un apetito sino como una necesidad. En efecto, la sociabilidad no surge de forma innata sino de la misma relación con el otro. Además, no es ni simple ni homogénea porque y de manera general, no existen cosas buenas o malas en sí. Todo depende de la relación que se tiene con el objeto y con la voluntad de cada uno. En consecuencia, mientras que Grocio contempla la sociabilidad como una *inclinación*, Pufendorf la define como una *obligación* de modo que no sólo el hombre necesita de los demás sino que «depende de él, de su voluntad, de su vigilancia para obtenerla»³⁶. La moral sirve entonces de «freno interior» a los deseos humanos, apareciendo, gracias al derecho, en el «orden maravilloso» de la sociedad³⁷. Pufendorf contempla también otra vertiente del concepto de dignidad humana: el incipiente reconocimiento de una igual dignidad entre los seres humanos.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUAL DIGNIDAD

A partir de una crítica de la sociedad, Pufendorf defiende la igual dignidad de los hombres, deslegitimando particularmente la concepción aristotélica de la esclavitud³⁸. Por un lado, este reconocimiento parece contemplar unas normas mínimas de respeto entre los individuos. Por otro, se inscribe dentro de un proyecto más amplio que considera el valor de seguridad como horizonte de la organización política.

³⁵ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L. I, Chap. II, §VII), cit., p. 147. Por ejemplo, la fórmula «*homo homini lupus*» aparece en PLAUTO, M. T., *Asinaria* (495), en *Comedias*, (vol.I), trad. de J. Román Bravo, Cátedra, «Letras Universales», Madrid, 1993, p. 201.

³⁶ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L. II, Chap. III, §XV), cit., p. 195.

³⁷ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L. I, Chap. II, §VII), cit., p. 147.

³⁸ ARISTÓTELES, *Política* (1253b21 y 1254b27), cit., pp. 54 y 57.

4.1. Igual dignidad y respeto

El Capítulo II del Libro III del tratado *Del derecho natural y de gentes* se dedica a la «Obligación de todos los hombres a considerarse como iguales por naturaleza». Pufendorf parece empezar su argumento volviendo a la tesis de la *oikeiosis* y por tanto, al innatismo defendido por Grocio. Considera en este sentido que existe «grabado en el corazón humano»³⁹ un «amor ardiente» por la vida, el cuerpo y los bienes. Este amor empuja a huir de todo lo que conduce a la destrucción. Se trata de una «alta estima de sí mismo» que cada uno defiende con todas sus fuerzas⁴⁰. Pufendorf insiste en que el fundamento de esta «ventajosa opinión» estriba principalmente «en nuestra naturaleza». En efecto: «la sola palabra *hombre* lleva una idea de dignidad; la razón más fuerte, y también el último recurso que se tiene a mano para rebatir la insolencia de una persona que nos insulta es decirle: *después de todo, yo no soy un perro; soy tan hombre como tú*»⁴¹. Aquí el concepto de dignidad se refiere al valor inherente a la naturaleza humana y expresa un sentimiento de honor por tener conciencia de esta excelencia. Hay que respetar todo individuo por su misma cualidad de ser humano. Como resume Welzel acerca de este punto:

«De la libertad ética, que constituye la dignidad del hombre, se deriva la igualdad de Derecho natural, y de éste, la libertad de Derecho natural. Todas las vinculaciones propias de la comunidad, con sus relaciones de dominación y subordinación, se justifican tan solo sobre la base del convenio entre personas libres e iguales. La idea de dignidad humana, fundada en la libertad ética, se halla en el centro del sistema de Derecho de Pufendorf. Esta idea llena la noción de sociabilidad con contenido propio, determina el juicio de todas las relaciones jurídicas en el sistema de Pufendorf, y por la fuerza ética de su exposición, encendió y robusteció los corazones de los contemporáneos y de las generaciones sucesivas en la lucha por los derechos del hombre. Todavía Grocio no habla de la *dignitas hominis* más que en relación con el

³⁹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §I), cit., p. 308.

⁴⁰ Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del Derecho natural. Un ensayo*, cit., p.191.

⁴¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §I), cit., p. 309. El traductor J. Barbeyrac nos indica que Pufendorf se inspira aquí en un verso del poeta Estacio en la *Tebaida* (Lib XII, v. 556 ss.). Véase STATIUS, T., trad. de J.H. Mozley, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989, pp. 486-487.

cuerpo inanimado del hombre y al referirse al derecho a la sepultura. Pufendorf es el primero que antes de Kant, expresará con palabras tan impresiones la idea de dignidad del hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de su sistema de Derecho Natural y deduciendo también de ella la noción de derechos del hombre y de la libertad, que determinará el curso del siglo siguiente»⁴².

Se trata de un elogio merecido del pensamiento de Pufendorf, aunque premisas importantes ya aparecen en la época clásica, la Edad Media y el Renacimiento. De hecho, el propio Welzel reconoce lo mismo en una nota de pie de página. Insiste sin embargo en que Pufendorf haya sido (supuestamente) el primero en convertir esta noción de dignidad en un concepto central del iusnaturalismo⁴³. No se puede tampoco encontrar un verdadero punto en común entre Pufendorf y Kant: la noción de dignidad humana encarna sin duda una continuidad entre ambos autores, pero se encuentra en dos niveles de análisis distintos. Kant se preocupa por la fundamentación moral de la dignidad de la persona⁴⁴. Pufendorf no la predica tanto de una concepción de la esencia del ser humano como del individuo empírico y en virtud de un método científico de análisis mediante la observación⁴⁵. De forma general, Pufendorf enriquece los planteamientos hipotético-deductivo de Grocio por una observación casi experimental de la naturaleza humana⁴⁶. Más precisamente, cuando observa los comportamientos de los individuos, quiere destacar algunas constantes que constituyen la base de su filosofía moral y jurídica, teniendo como premisa la perfecta articulación de la ley con la libertad⁴⁷.

Además, Pufendorf parece deducir la noción de respeto de una idea de humanidad compartida por todos los individuos:

⁴² WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 146.

⁴³ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 146 (nota 113).

⁴⁴ Por ejemplo: «la autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional», en KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Encuentro, «opúscula filosófica», n.º 18, Madrid, 2003, p. 76.

⁴⁵ BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, cit., pp. 51-52. WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., p. 143. GARCÍA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del enemigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y de Criminología*, n.º 7, 2005, p. 39.

⁴⁶ GOYARD-FABRE, S., *Les embarras philosophiques du Droit Naturel*, cit., pp. 84 y 85.

⁴⁷ GOYARD FABRE, S., *Pufendorf et le Droit Naturel*, cit., p. 65.

«Como la naturaleza humana es la misma en todos los hombres, y que por otro lado, no podría haber Sociedad alguna entre ellos, si no se apreciasen al menos como teniendo una naturaleza común, se deriva que: por Derecho natural, CADA UNO DEBE CONSIDERAR Y TRATAR A LOS DEMÁS COMO SIÉNDOLE NATURALMENTE IGUALES, es decir como *siendo tan hombres como él mismo*»⁴⁸.

La sociedad pacífica y ordenada descansa en una premisa fundamental: el reconocimiento de una igual dignidad entre los seres humanos y el deber de respetar y considerar a los demás como semejantes e iguales. Por otro lado, una feliz nota de pie de página del traductor J. de Barbeyrac —que, como hugonote tiene que huir de Francia después de la revocación del edicto de Nantes⁴⁹— desarrolla el argumento de Pufendorf. Considera en efecto que cada uno dispone del «derecho perfecto de pretender de que se le considere y trate como un hombre; cualquiera que actúe de modo distinto en relación con otro, le causa un verdadero daño. Este deber que tiene como fundamento un estado inmutable —donde los hombres se encuentran precisamente como hombres— es no sólo general, sino también una perpetua obligación». Barbeyrac vuelve a referirse a este estado primitivo de los hombres y hace derivar de la dignidad de la naturaleza humana una norma general y eterna de respeto entre los individuos que implica el rechazo de la violencia. Más concretamente, el valor de seguridad se perfila como el requisito básico para las relaciones individuales. En efecto, Barbeyrac indica que la argumentación de Pufendorf es «una consecuencia de la máxima desarrollada en el previo capítulo» y que es efectivamente: «no causar daño a nadie». Pufendorf indica que se trata del «deber más general ya que contempla a todos los hombres precisamente como

⁴⁸ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens* (L.III, Chap.II, §D), cit., p. 309. Los mismos desarrollos con los mismos términos se encuentran en otra obra de Pufendorf, *De los deberes del hombre y del ciudadano*, consultado en Francés, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, trad. de Barbeyrac, J., Nourse, J., (ed), Londres, [1741], reed. por el Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, «Bibliothèque de philosophie politique et juridique», Caen, 1984. Véase el Capítulo VII «*De l'Obligation où sont tous les hommes de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux. Second Devoir général de chacun par rapport à tout autre*», pp. 212-222.

⁴⁹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §D), cit., p. 309. Nota (I). Vid. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho. Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 280 y FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho* (2), trad. de J-F. Lorca Navarret, Ed. Pirámide, Madrid, 1982, pp. 173-174.

hombres»⁵⁰. El valor de seguridad parece ser una prolongación práctica del respeto del valor del ser humano. La prohibición de la violencia está así estrechamente vinculada con el respeto de la dignidad del ser humano. Se trata de una seguridad en relación con el disfrute de los «bienes naturales» (vida, cuerpo, honor, reputación, libertad) y de los «bienes convencionales» en particular el derecho de propiedad⁵¹. En consecuencia, no se puede quitar a la persona una serie de derechos naturales tales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, o el derecho a la integridad corporal⁵². De forma general, todo el derecho natural consiste fundamentalmente en el valor de la libertad: deriva por esencia de la índole del hombre como ser moral y consagra las libertades básicas del sujeto⁵³. El reconocimiento de esos derechos en Pufendorf (y en otros iusnaturalistas) sería precisamente el punto de arranque de la «crisis en la conciencia europea» según Hazard⁵⁴. En efecto, empieza a constituirse una nueva civilización que sustituye los deberes en relación con Dios y el príncipe, por los derechos individuales.

El deber de respetar a los demás como humanos es una «exigencia generalizada» que prescinde por tanto de los rangos sociales. Barbeyrac⁵⁵ insiste en este punto: «A pesar de todas las desigualdades que proceden del cambio y de la diversidad de los *estados accesorios*, los derechos de la igualdad natural se mantienen siempre invariablemente y se aplican a cada uno respecto al otro, de cualquier condición que sea». Sobre esta base, Barbeyrac critica las situaciones de poder que vulneran este deber: «No hay más que los insolentes superiores que vulneran directamente este deber, tratando de forma inhumana a sus inferiores, exigiéndoles labores excesivas, matándoles o peligrando su vida sin necesidad, como si fueran bestias». Concluye entonces Barbeyrac sobre la noción de «desprecio» tan común entre

⁵⁰ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.I, §I), cit., p. 293. Había otra máxima era la consecuencia de esta primera: «Reparar el daño que uno puede causar».

⁵¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.I, §I), cit., p. 293.

⁵² FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII», cit., p. 592.

⁵³ RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 434.

⁵⁴ HAZARD, P., *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, cit., p. 11.

⁵⁵ Vuelvo al texto de su nota de pie de página n.º I, en PUFENDORF, S (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §I), cit., p. 309.

los hombres que hace que uno desconsidere a otro por no poseer los «méritos y ventajas» que él mismo piensa tener. A fin de cuentas, no se trata más que de una ilusión que procede de la arrogancia individual⁵⁶. En efecto, Pufendorf considera que el orgullo es la primera causa de la vulneración de la igualdad natural de los hombres ya que uno se considera superior a los demás⁵⁷. Cuando se refiere al insulto, utiliza la noción de dignidad como «argumento defensivo» frente a la insolencia de otro. En cierto modo, Pufendorf sigue vinculando el concepto de dignidad con el sentimiento de honor —tan presente en el siglo XVII— pero hace derivar esta dignidad de la misma naturaleza humana y no de una conciencia de rango social. Realiza un desplazamiento del orgullo, desde el honor de ser distinto y superior, al honor de ser humano⁵⁸. El respeto que deriva de la igual dignidad de los hombres se inscribe también dentro de una buena ordenación de la sociedad que debe garantizar la tranquilidad y la seguridad de cada sujeto.

4.2. Igual dignidad y seguridad

Pufendorf quiere demostrar la igualdad natural de los hombres atacando a Hobbes. No considera pertinente la idea del autor del *Leviatán* según la cual la igualdad introducida por las leyes civiles, contrarresta la desigualdad natural de las fuerzas humanas, en vista de garantizar la seguridad de todos. No se logra este objetivo ya que las leyes civiles no hacen que una persona sea «más fuerte que otra».

⁵⁶ Se trata de mi interpretación, no lo dice directamente Barbeyrac.

⁵⁷ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VI), cit., p. 315.

⁵⁸ «(...) el valor de un persona a sus propios ojos, pero también a ojos de su sociedad. Es su estimación de su propio valor o dignidad, su *pretensión* al orgullo, pero es también el reconocimiento de esa pretensión, su excelencia reconocida por la sociedad, su *derecho* al orgullo», PERISTIANY, J. G., *El concepto de honor en la sociedad mediterránea*, trad. de J. M.^a García de la Mora, J. Labor, Barcelona, 1968, p. 3. También: «el concepto de honor implica que la identidad está vinculada con unos papeles institucional. La concepción moderna de dignidad, al contrario, implica que la identidad está independiente de los papeles institucionales», BERGER, P., «On the obsolescence of the concept of honor», en HAUERWAS, S. & MACINTYRE, A. (eds.) *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, University of Notre Dame, Indiana, 1983, p. 177.

Solamente le confieren «un más alto grado de estima y de distinción»⁵⁹. En realidad, Pufendorf se encuentra en un nivel de análisis distinto al de Hobbes⁶⁰: se refiere a una igualdad cuyo principio es que «no hay nadie, de cualquier condición que sea, que no pueda esperar o exigir racionalmente de los demás lo que ellos esperan o exigen de él»⁶¹. En consecuencia, éste debe concederles el mismo derecho que él mismo se otorga a sí mismo respecto a ellos. Para ilustrar su argumentación⁶², considera lo siguiente: «aunque no se pueda esperar de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante, ya que esta razón por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica»⁶³. Pufendorf, desde un cierto sentido pragmático, vuelve a considerar el valor de seguridad como noción central de las relaciones individuales. Así, nadie puede ser excluido o discriminado de la sociedad. Como resume Welzel⁶⁴, Pufendorf no considera, a diferencia de Hobbes, que la igualdad natural deriva de una igualdad de fuerzas, sino de una *igualdad en el derecho* cuyo fundamento radica en la sociabilidad, que, a su vez, deriva de una obligación.

Por la misma razón, Pufendorf critica el conocido texto de Montaigne acerca de los indios sorprendidos por la injusticia del poder en Francia⁶⁵. Considera que si bien aquellos que tienen algunas ventajas «en cuerpo o en mente», no deben «insultar» a los que les son inferiores en aquellos aspectos, estos últimos no pueden «envidiar los bienes de los primeros ni tampoco pensar despojarlos de sus bienes». Ambas conductas no son conformes al tipo de igualdad que defiende Pufendorf y que es la «*igualdad de derecho*». Su fundamento es lo

⁵⁹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §II), cit., p. 309.

⁶⁰ Hace un esfuerzo por hacer confluir en una unidad a Grocio y a Hobbes, BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica de Pufendorf*, cit., pp. 54-58. Véase también, BOBBIO, N., «El modelo iusnaturalista», en *Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci*, cit., p. 107.

⁶¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §II), cit., p. 309.

⁶² Las citas que siguen se encuentran en PUFENDORF, S (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §II), cit., pp. 310-311.

⁶³ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.II, Chap.III, §16), cit., p. 199.

⁶⁴ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 145.

⁶⁵ PUFENDORF, S (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §II), cit., p. 311. MONTAIGNE, M. (de), *Ensayos*, (I, XXXI), cit., p. 241.

siguiente: «los deberes de sociabilidad siendo una consecuencia necesaria de la continuación de la naturaleza Humana considerada como tal, imponen a todos los hombres una obligación igualmente vinculante e indispensable». Con otras palabras:

«la Ley Fundamental del Derecho Natural es que CADA UNO DEBE TENDER A FORMAR Y MANTENER, TANTO COMO DEPENDE DE SU PERSONA, UNA SOCIEDAD TRANQUILA CON TODOS LOS DEMÁS, DE ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN Y EL OBJETIVO DE TODO EL GÉNERO HUMANO SIN EXCEPCIÓN»⁶⁶.

La seguridad y la tranquilidad de las relaciones humanas son el objetivo del derecho. Pufendorf habla a continuación de la «sociabilidad universal» como principio del derecho natural cuyo objetivo principal es la paz. Existe además una cierta visión estoica de la naturaleza humana, en la medida que cada individuo, como parte, debe realizar y mantener el conjunto de la comunidad humana. Por otro lado, al vincular la noción de dignidad del ser humano con la seguridad, Pufendorf la limita también: impide cualquier cambio incluso para acabar con las desigualdades sociales y económicas. Esta estrecha vinculación entre los valores de igualdad y de seguridad, neutraliza carga crítica de la dignidad humana. En sus efectos prácticos, no se realiza completamente su valor esencial que es la libertad. La seguridad es el «mínimo existencial» que debe permitir el desarrollo de la dignidad humana⁶⁷ y hace posible la vida social.

Al defender la igualdad y la libertad naturales de los individuos, Pufendorf no acepta la legitimidad de la esclavitud. Insiste en que «se debe rechazar la opinión de los antiguos *Griegos*, que pretenden que hay hombres naturalmente esclavos». En efecto, «si se sigue esas palabras, vuelcan directamente la Igualdad Natural de los hombres»⁶⁸. Pufendorf critica a Aristóteles rechazando que la naturaleza otorgue a algunos las capacidades innatas para mandar sobre otros. Incluso, rechaza cualquier paternalismo inherente a la teoría aristotélica de

⁶⁶ PUFENDORF, S (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.III, §15), cit., p. 195. Pufendorf vuelve a escribir en mayúsculas.

⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, «La seguridad jurídica», Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995, p. 246.

⁶⁸ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VIII), cit., p. 316.

la esclavitud. En este sentido, Welzel abunda en la misma dirección de lo que he apuntado. Señala que si bien Tomas de Aquino haya hablado de *dignitas hominis*, no duda en justificar aristotélicamente la esclavitud⁶⁹. Para Pufendorf, al contrario, ni siquiera se puede forzar a alguien que realice algo en contra de su voluntad, incluso si es ventajoso para su persona. En consecuencia, en la medida que todos los hombres disfrutan de una igual libertad, resulta injusto sujetarles sin su consentimiento, despojándoles de su libertad y prescindiendo de su voluntad⁷⁰. Los hombres son libres e iguales por naturaleza y la esclavitud, como creación humana, vulnera esos rasgos. Por tanto, «la aptitud natural o la posesión de algunas cualidades necesarias a un cierto estado no son suficientes para convertir a uno en este estado»⁷¹. Pufendorf insiste en la necesidad de destruir la «orgullosa pretensión» de los antiguos griegos de someter a los bárbaros a la esclavitud⁷². La desigualdad entre los individuos procede de la sociedad civil y no puede servir de fundamento para imponer su voluntad sobre otros. Recuerda entonces Pufendorf: «de cualquier forma, la desigualdad civil no destruye las máximas del principio de la Igualdad Natural de los hombres»⁷³. Encuentra un valor innato en el ser humano que le permite entonces criticar las instituciones que vulneran la igual dignidad. Mantiene la concepción de una naturaleza humana como ideal moral. Todos los individuos han nacido con la misma dignidad y nadie puede considerarse superior a otro. Gracias a su voluntad, el individuo puede conformar su naturaleza moral, pero no puede pretender dominar a otros.

Pufendorf zanja con el innatismo de Grocio considerando que la sociabilidad del ser humano necesita para plasmarse del concurso de su propia voluntad. Desde una perspectiva global, implica que la naturaleza humana sea también una construcción individual, cuyo fin es emular la voluntad divina al conferir a cada individuo, unos

⁶⁹ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 146 (nota de pie n.º 113).

⁷⁰ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VIII), cit., p. 317.

⁷¹ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VIII), cit., p. 317.

⁷² PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VIII), cit., p. 319.

⁷³ PUFENDORF, S. (von), *Le droit de la nature et des gens*, (L.III, Chap.II, §VIII), cit., p. 319.

dones excelentes. La dignidad del hombre procede por tanto de la posesión del entendimiento y de la sociabilidad, que logran su mejor concreción en el derecho. El ser humano aparece como un ser perfectamente organizado, capaz de orientar su conducta hacia los fines que mejor le convienen, insistiendo Pufendorf en una dimensión utilitarista de la conducta.

La igualdad natural de los seres humanos implica, además, un rechazo de la violencia porque representa la mayor vulneración de la dignidad humana. Pufendorf opone precisamente el término «dignidad» a las ofensas que el individuo pueda recibir. Encuentra el fundamento de esta dignidad en una humanidad compartida. Reitera en este sentido, una tradición estoica que contempla al ser humano como miembro de una comunidad superior. Sin embargo, Pufendorf supera también el estoicismo en la medida que el daño sufrido por el individuo le perjudica primero a éste y luego al conjunto humano. Se separa también de Grocio que no contempla una dignidad individualizada sino una dignidad general de la naturaleza humana. En efecto, cuando Pufendorf critica la esclavitud, subraya que ésta perjudica no tanto la naturaleza humana como al ser humano en su propia individualidad. Otro autor, Tomásio, realiza una crítica tajante de la esclavitud. Coloca el valor de la dignidad del ser humano en su misma individualidad. Deriva de la única voluntad individual. Los referentes externos, religiosos, políticos y filosóficos desaparecen de su fundamentación.

¿PUEDE UN SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL JUZGAR A OTRO? ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

Investigador del Instituto Universitario Europeo, Fiesole (Italia)

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La inmunidad de las organizaciones internacionales: 2.1. Origen y justificación; 2.2. Alcance.—3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En una sentencia reciente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que decidir sobre su propia competencia para revisar la legalidad de una decisión de la Comisión Europea a la luz del siguiente argumento: el Derecho Internacional Público, y en concreto, el principio general *par in parem non habet imperium* establece que una Organización Internacional, como la Unión Europea, no puede juzgar el comportamiento de otra Organización Internacional, en este caso Eurocontrol. En otros términos, que las Organizaciones Internacionales (OOII), como sujetos de Derecho Internacional Público, gozan de inmunidad de jurisdicción absoluta¹. Este extremo, prosigue el

¹ Asunto C-481/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA v Comisión («Eurocontrol II»), no publicado aún. Eurocontrol alegaba que la Unión Europea había suscrito un instrumento de adhesión a Eurocontrol, de manera que, conforme al principio de buena fe reconocido en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Unión debía abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustran el objeto y el fin de dicho instrumento. Asimismo, Eurocontrol alegaba que su argumentación era conforme al Derecho internacional consuetudinario, el cual establece la inmunidad de las organizaciones intergubernamentales de una manera absoluta y, en todo caso, para las actividades objeto de la investigación de la Comisión por ser actividades que constituyen elementos esenciales de los objetivos institucionales de Eurocontrol y no, en modo alguno, actos de carácter comercial.

argumento, ha de ser reconocido de oficio, por el propio Tribunal de Justicia, que deberá declarar su incompetencia.

El Tribunal de Justicia, como ya hiciera en un asunto anterior², rechazó este argumento, precisando que la cuestión de si las normas de Derecho europeo pueden oponerse a una Organización Internacional se halla vinculada al fondo y no influye en la competencia del Tribunal. De este modo el Tribunal de Justicia rechazó la inmunidad de jurisdicción que alegaba Eurocontrol. A la luz de lo anterior, ¿Hizo lo correcto el Tribunal de Justicia con arreglo al Derecho Internacional Público? ¿Gozan las Organizaciones Internacionales de inmunidad de jurisdicción? y, de ser así, ¿es ésta absoluta o, como en el caso de los Estados, cabe distinguir entre actos «*iure imperii*» y actos «*iure gestionis*»?

En las próximas líneas se analizarán de forma concisa estas cuestiones. Cabe recordar a este respecto que el Tribunal de Justicia ha subrayado en múltiples sentencias que las competencias de la Unión deben ejercerse de conformidad con el Derecho Internacional³, por lo que las conclusiones a las que se llegue deberían ser relevantes no sólo para dicho ordenamiento sino también para el Derecho Europeo.

2. LA INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

2.1. Origen y justificación

La institución de la inmunidad *hunde sus raíces* en el principio de igualdad soberana entre Estados⁴. El principio de inmunidad de ju-

² Asunto C-364/92, SAT Fluggesellschaft («Eurocontrol I»), Rec. p. I-43.

³ Véanse las sentencias de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation (C-286/90, Rec. p. I-6019); de 5 de julio de 1994, Anastasiou y otros (C-432/92, Rec. p. I-3087), apartado 43; de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), apartado 19; de 9 de agosto de 1994, Francia/Comisión (C-327/91, Rec. p. I-3641), apartado 25, Sentencia de 16 de junio de 1998, Racke, (C-162/96, Rec. p. I-3655) o la sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 291. Vid. asimismo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de enero de 1997, Opel Austria/Consejo (T-115/94, Rec. p. II-39), apartados 79 y 90 a 93.

⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, pp. 636, p. 73.

risdicción de los Estados tiene naturaleza consuetudinaria internacional y está reconocido por multitud de instrumentos jurídicos internacionales, y también nacionales⁵. Su fundamento reside en «la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con libertad plena en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas»⁶. Así, tan pronto como en 1812, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon*, resuelto por el Juez Marshall, reconoció que un Estado no podía ser sometido a la jurisdicción de otro⁷. La inmunidad de jurisdicción de los Estados, que nació como absoluta, ha sido posteriormente limitada. En la actualidad, se distingue entre actos *iure imperii*, esenciales de la soberanía de un Estado, como los actos del poder público, de la autoridad, que gozan de inmunidad, y actos *iure gestionis*, actos de naturaleza privada, como los actos comerciales, que no gozan de tal inmunidad⁸.

El origen de la inmunidad de jurisdicción de las Organizaciones Internacionales no radica tanto en el principio de igualdad sino en los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional a los diplomáticos primero, y a los agentes de Organizaciones Internacionales después⁹. Así, habida cuenta de que las Organizaciones Internacionales se hallan, necesariamente, ubicadas en el territorio de un Estado, el Derecho Internacional, al menos desde la creación de la Sociedad de Naciones¹⁰, ha establecido una serie de privilegios e inmunidades que todos los Estados deben respetar en

⁵ Véanse, por todos, en el plano internacional, los Convenios de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, artículo 22, y sobre la alta mar, artículos 8 y 9; y en el plano interno la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985), artículos 4 y 21.1, BOE de 2 de julio de 1985.

⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J.: *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, pp. 636, p. 73.

⁷ *The Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. 116 (1812).

⁸ Véase a este respecto, por ejemplo, la enumeración de actos de naturaleza privada (*iure gestionis*), que no gozan de inmunidad de jurisdicción, prevista en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972, artículos 4, 5, 9-11.

⁹ De BRABANDERE, E. "Immunity of International Organizations in Post-conflict International Administrations", *International Organizations Law Review* 7 (2010) 79-119, pp. 83-84.

¹⁰ Véase el artículo 7 del Pacto de la Sociedad de Naciones: «Los representantes de los Miembros de la Liga y los funcionarios de la Liga cuando se dediquen a los asuntos de la Liga gozarán de privilegios e inmunidad diplomática. Los edificios y

aras de la independencia y seguridad de los agentes de dichas Organizaciones Internacionales. Con el tiempo, y debido a la proliferación de OOII tras la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional ha reconocido la necesidad de proteger el propio funcionamiento de la Organización Internacional misma, y no sólo el de sus agentes¹¹.

Así, en el asunto sobre las reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, resuelto por el Tribunal Internacional de Justicia en 1949 (TIJ), el TIJ estableció con claridad que *«Para que el agente pueda cumplir con sus deberes en forma satisfactoria, es preciso que sienta que esa protección está asegurada por la Organización y que pueda contar con ella. A fin de garantizar la independencia del agente y, en consecuencia, la acción independiente de la misma Organización, es esencial que el agente, en el ejercicio de sus funciones, no necesite contar con otra protección que la de la Organización»*¹².

La inmunidad de las Organizaciones Internacionales tiene pues un claro origen funcional y teleológico, *para que los agentes puedan cumplir con sus deberes en forma satisfactoria*. En el mismo sentido, como ha señalado la Sra. Abogado General Trstenjak, con apoyo en la doctrina¹³, *«La inmunidad de las organizaciones internacionales se explica principalmente desde el punto de vista funcional: sirve para garantizar la independencia que necesitan para desempeñar sus tareas y alcanzar sus objetivos»*¹⁴.

Por último, la inmunidad de las OOII viene explícitamente reconocida en varios Tratados. Por ejemplo, el artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas establece que *«La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios*

otros bienes ocupados por la Liga o sus funcionarios o los representantes que asisten a sus reuniones serán inviolables.

¹¹ De BRABANDERE, E., «Immunity of International Organizations in Post-conflict International Administrations», *International Organizations Law Review* 7 (2010) 79-119, pp. 83-84. Véase también KUNZ J. L., «Privileges and Immunities of International Organizations», 41 *American Journal of International Law* 1947, p. 830.

¹² Asunto sobre las reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, 11 de abril de 1949, CIJ Recueil, p. 183.

¹³ WENCKSTERN, M., «Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts», *Die Immunität internationaler Organisationen*, vol. II/1, Tubingia 1994, marginal 44, p. 13.

¹⁴ Conclusiones de la Abogado General Trstenjak en el asunto C-481/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA v Comisión («Eurocontrol II»), no publicado aún, apartado 32.

para la realización de sus propósitos. En el mismo sentido, el artículo 3 del Acuerdo Sobre Los Privilegios e Inmidades de la Corte Penal Internacional, de 9 de Septiembre de 2002, establece que «La Corte gozará en el territorio de cada Estado Parte de los privilegios e inmidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus propósitos».

2.2. Alcance

Como se ha observado¹⁵, al sostener que la inmunidad de las Organizaciones Internacionales es funcional, en realidad, se reconoce de forma tácita que ésta es absoluta. La inmunidad de las Organizaciones Internacionales no parece haber sufrido, por tanto, la limitación que supone para la inmunidad de los Estados la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*.

Como ejemplo de lo anterior cabría citar el argumento de Eurocontrol en la sentencia reciente antes mencionada: «*la inmunidad de las organizaciones intergubernamentales [...] protege [a Eurocontrol] de una manera absoluta y protege, al menos, las actividades controvertidas en el presente asunto, ya que tales actividades constituyen elementos esenciales de los objetivos institucionales de Eurocontrol y no, en modo alguno, actos de carácter comercial. Señala que, si la Comunidad pudiera promover investigaciones en materia de competencia en relación con el ejercicio de las funciones públicas de Eurocontrol, en realidad, podría determinar unilateralmente la forma como Eurocontrol ejerce sus actividades institucionales, eludir los principios establecidos por la Convención sobre la Seguridad de la Navegación Aérea en materia de toma de decisiones e ignorar los derechos de las demás partes contratantes*»¹⁶. [subrayado añadido]

En efecto, Eurocontrol alegaba, para el caso de que el Tribunal pretendiera distinguir entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*

¹⁵ De BRABANDERE, E., «Immunity of International Organizations in Post-conflict International Administrations», *International Organizations Law Review* 7 (2010) 79-119, pp. 83-84. Véase también DOMINICÉ, C., «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», 187 *Recueil des Cours* (1984-IV), p. 180; SCHERMERS H. and BLOKKER N., *International Institutional Law* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Dordrecht, 2003, pp. 1024-1025; and SANDS P. and KLEIN P., *Bowett's Law of International Institutions* Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 490.

¹⁶ Asunto C-481/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA v Comisión («Eurocontrol II»), apartado 60.

(«comerciales»), que sus actos objeto de la investigación de la Comisión eran de los primeros, al tratarse de actos institucionales necesarios para ejercer sus funciones conforme a lo previsto en su Tratado constitutivo. Lo anterior podría predicarse de muchos, sino de todos, los actos que lleva a cabo la Organización Internacional en cuestión.

La inmunidad de jurisdicción absoluta de las Organizaciones Internacionales ha sido incluida en varios instrumentos jurídicos. Así, por ejemplo, en el caso de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Sobre Privilegios e Inmunidades de Las Naciones Unidas de 1946¹⁷, establece una inmunidad de jurisdicción absoluta: «*Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial, a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad. Se entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria*»¹⁸.

En el caso de la ONU, la inmunidad de jurisdicción, ya de por sí absoluta, se ve reforzada por una presunción de legalidad de la actuación de esta organización, establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Ciertos Gastos de las Naciones Unidas* en los siguientes términos «*when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not ultra vires the Organization*»¹⁹.

La inmunidad de jurisdicción de las OOII ha sido, y es, objeto de litigio ante tribunales nacionales e internacionales. La crítica principal a dicha inmunidad consiste precisamente en su carácter absoluto, y en la ausencia de una justificación legítima, se argumenta, a un grado de inmunidad superior al de la inmunidad de los Estados, sujetos principales del Derecho Internacional.

Los intentos de limitar la inmunidad de las OOII han provenido principalmente de los tribunales nacionales, en particular en asuntos de derecho privado y derecho laboral. De este modo, por ejemplo, el

¹⁷ Convención Sobre Privilegios e Inmunidades de Las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas el 13 de Febrero de 1946, BOE n.º 249/1974, de 17 de octubre de 1974.

¹⁸ Id., Sección 2.

¹⁹ Dictamen sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas, de 20 de julio de 1962, Recueil, 1962, p. 167.

Tribunal Supremo (Cour de Cassation) de Bélgica concluyó, en una sentencia de 2001 que no existe un principio general de Derecho Internacional Público, en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que establezca la inmunidad absoluta de jurisdicción de las Organizaciones Internacionales respecto de los Estados que las hayan establecido o reconocido. El Tribunal belga añadió que en casos de conflicto habría que estar al Acuerdo de Sede entre la Organización Internacional y el Estado en cuestión en casa litigio²⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado los tribunales italianos en el asunto relativo al Instituto Universitario Europeo, y más recientemente en 2007. En este último caso, además, el juez italiano rechazó explícitamente la aplicación del principio *par in parem non habet imperium/jurisdictionem*, el alegado por Eurocontrol ante el Tribunal de Justicia, a las Organizaciones Internacionales²¹.

Si los tribunales nacionales parecen rechazar la existencia de un principio de Derecho Internacional General que confiera inmunidad de jurisdicción a las OOII, cabe preguntarse si la respuesta será distinta una vez que la inmunidad de la Organización Internacional ha sido recogida en el Tratado constitutivo de la Organización, o en el de Sede con algún estado. La respuesta, como ha sido estudiado por la doctrina²², es que sí. En este caso, los jueces nacionales suelen reconocer la inmunidad absoluta de las OOII, sin distinguir entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* en el foro doméstico en aras de preservar el funcionamiento de la misma²³.

²⁰ Véase el asunto ILDC 42 (BE 2001), H3, discutido por RYNGAERT C., “The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends”, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148, p. 4.

²¹ Sentencia de la Corte de Casación de Italia No. 149 de 18 de marzo de 1999, Istituto Universitario Europeo c. Piette, Giustizia civile, vol. 49 (1999), I, p. 1313. Vid. asimismo para el precedente más reciente ILDC 3718 (IT 2007); ILDC 297 (IT 2005), H4; Para una discusión de estos casos vid. RYNGAERT C., “The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends”, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148, p. 4.

²² Vid., ej., REINISCH A., *International Organizations before National Courts* Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 241 o más recientemente RYNGAERT C., “The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends”, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148.

²³ Vid., ej., las sentencias de los tribunales austríacos, suizos y daneses mencionadas por Ryngaert en RYNGAERT C., “The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends”, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148, pp. 5-6.

En este sentido, como resumió un tribunal austríaco en un asunto relativo a la inmunidad de el OPEC Fund for International Development «*Comparing the nature of the immunity of international organizations to that of states, while foreign states, according to domestic law and prevailing international law, solely enjoy immunity for sovereign acts and not in their capacity as subjects of private rights and duties, the immunity of international organizations is – within the scope of their functional restrictions – in principle to be regarded as absolute*»²⁴.

A este respecto, como se ha mencionado *supra*, el fundamento de la inmunidad de jurisdicción de las OOII, es funcional: que las mismas puedan cumplir con las funciones para las que fueron creadas y encierra de hecho la concesión de la inmunidad absoluta en casi todos los casos, no pudiendo ser considerado como una limitación pues, como ha puesto de relieve Reinisch and Weber, «*[s]ince international organizations can only act within the scope of their functional personality there is no room left for non-functional acts for which immunity would be denied*»[por tanto] *the traditional view seems to be that functional immunity necessarily leads to absolute immunity*»²⁵.

Si así tratan la cuestión los tribunales nacionales ¿cómo lo hacen los tribunales internacionales? Como se verá, la interpretación de éstos ha sido bastante restrictiva, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una Organización Internacional, parece apartarse de la línea más conservadora seguida, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH»).

En varios asuntos, el TEDH ha debido resolver sobre la inmunidad de jurisdicción de las OOII, en concreto, sobre si el reconocimiento por parte de tribunales nacionales de inmunidad de jurisdicción absoluta a una Organización Internacional vulnera el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales («el Convenio»), que reconoce el derecho a un proceso equitativo.

²⁴ ILDC 362 (AT 2004), H2, mencionado por Ryngaert en RYNGAERT C., “The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends”, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148, p. 5.

²⁵ REINISCH A. and WEBER U. A., «In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual’s Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement», *International Organizations Law Review*, 2004, p. 63. Véase también RYNGAERT C., The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends, en *International Organizations Law Review* 7, 2010, 121-148, pp. 6-7.

Hasta la fecha, el TEDH no ha concluido que la inmunidad de las OOII vulnere el Convenio. Antes al contrario, el TEDH ha precisado que dicha inmunidad tiene una finalidad legítima y que la negativa al derecho a un proceso contra una OOII ante los tribunales nacionales resultaba proporcionada, habida cuenta, *inter alia*, de la existencia de foros de resolución de disputas alternativos²⁶. Como se ha observado, la existencia de dichos foros alternativos no parece ser un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la inmunidad sino un elemento más que el TEDH tomó en consideración²⁷, como ha sido confirmado por decisiones del TEDH en asuntos posteriores como Al-Adsani.

En otros asuntos el TEDH se ha declarado incompetente *rationae personae* para conocer de asuntos en los que haya intervenido una Organización Internacional, como en los asuntos Bankovic, Behrami, o Galic en los que, según el TEDH, la conducta objeto del litigio ha de ser atribuida a una Organización Internacional, como la OTAN o la ONU, y no a un Estado Parte del Convenio²⁸.

Un asunto interesante, a caballo entre el trato otorgado por los tribunales nacionales e internacionales a la inmunidad de jurisdicción de las OOII, es el de Markovic contra Italia, resuelto por el TEDH. Los demandantes alegaban la vulneración por parte de Italia del Convenio y, en concreto, de los artículos 1 y 6 del mismo, sobre la base de la sentencia de la Corte de Cassazione italiana que establecía que los tribunales italianos eran incompetentes para determinar la responsabilidad civil originada por el bombardeo de las fuerzas de la OTAN de la Radio Televisión Serbia en Belgrado de 23 de abril de 1999 en el que fallecieron varias personas y otras resultaron heridas. El TEDH se declaró competente, *rationae materiae* y *rationae personae*, pues el asunto había tenido origen en la sentencia de un Estado parte del Convenio. Sin embargo, sobre el fondo, el TEDH estimó, como en asuntos anteriores, que la decisión de la Corte de Cassazione no

²⁶ Véase, ej., el asunto Waite and Kennedy c. Germany, 18 Febrero de 1999, TEDH, 1999 EHRR 13.

²⁷ DE BRABANDERE, E., "Immunity of International Organizations in Post-conflict International Administrations", *International Organizations Law Review* 7 (2010) 79-119, p. 95.

²⁸ Al-Adsani c. The United Kingdom, 21 Noviembre 2001, TEDH, 34 EHRR (2001), p. 273, gim Behrami and Bekir Behrami c. France, 2 Mayo 2007, Decisión sobre Admisibilidad no. 71412/01; ECHR, Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States, Asunto n.º 52207/99, 12 de diciembre de 2001.

vulneraba el derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6 del Convenio.²⁹

En suma, la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, resulta bastante protectora de la inmunidad absoluta de jurisdicción de las OOII, así como de la protección que ésta otorga a las fuerzas nacionales de Estados Partes de dichas organizaciones cuando actúan bajo el mando de la Organización Internacional.

No obstante, como se ha apuntado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo caso omiso de la inmunidad de jurisdicción alegada por Eurocontrol. De la sentencia del Tribunal se deduce que el argumento de Eurocontrol estaba basado más en la existencia de un principio de Derecho Internacional General que en una excepción prevista por el propio Tratado constitutivo de esta Organización Internacional, lo que, a la luz de las consideraciones anteriores, podría resultar acertado. Además, es justo reconocer que el caso de Eurocontrol es particular en el contexto europeo pues se trata de una Organización creada por Estados europeos, cuyo ámbito de actuación es eminente europeo, con la que la propia Comunidad ha celebrado un Protocolo de Adhesión, y que actuaba como coadyuvante de la Comisión Europea, que había rechazado dicha inmunidad de jurisdicción a la luz de la sentencia del propio Tribunal de Justicia en Eurocontrol I.

Sin embargo, la tendencia hacia la limitación de la inmunidad de jurisdicción en asuntos relacionados con Organizaciones Internacionales puede vislumbrarse incluso en el famoso asunto Kadi en el que, como es sabido, el Tribunal de Justicia, en clara contraposición al razonamiento del Tribunal General en el mismo asunto, consideró que era competente para conocer de la legalidad de un acto de la Unión Europea que desarrollaba varias resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en aras de proteger los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea³⁰.

²⁹ Sentencia Gran Sala TEDH de 14.12.2006, Markovic y otros c. Italia.

³⁰ Sentencia de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Rec[2008] p. I-06351.

3. CONCLUSIÓN

Por último, un asunto reciente, aún pendiente de resolución judicial definitiva, nos es de utilidad para exponer algunas consideraciones finales sobre la inmunidad de jurisdicción de las OOII tal y como es interpretada hoy por los tribunales nacionales e internacionales. El asunto es el de las «Madres de Srebrenica».

En esencia, se trata de una demanda interpuesta por un numeroso grupo de familiares de las víctimas de Srebrenica, conocido como la Fundación «Madres de Srebrenica». Según este grupo, el Estado holandés y la ONU son responsables de no haber evitado el genocidio de Srebrenica, en el que fallecieron más de 8000 bosnio-musulmanes a manos de tropas serbobosnias en julio de 1995. La responsabilidad del Estado holandés, y de la ONU, vendría originada por su actuación negligente a la hora de proteger este enclave musulmán en Bosnia Herzegovina, que había sido declarado por la ONU como seguro, y que estaba bajo la custodia de cascos azules holandeses. De hecho, el genocidio en Srebrenica acabó provocando la dimisión en pleno del Gobierno holandés en 2002, tras la publicación de un informe demolidor elaborado por el Instituto Holandés de Documentación para la Guerra (NIOD) tras seis años de trabajo en el que se ponía de manifiesto la pobre actuación de los cascos azules holandeses, que no pudieron defender a la población, como era su cometido.

La demanda fue inicialmente interpuesta ante un tribunal holandés de primera instancia («District court»), que la rechazó en 2008 sobre la base de la inmunidad de jurisdicción absoluta de la ONU. Posteriormente, en 2010, otro tribunal holandés rechazó el recurso de apelación de las «Madres de Srebrenica», si bien corrigió el razonamiento de la sentencia de instancia. Así, el Tribunal de apelación rechazó la inmunidad de jurisdicción absoluta de la ONU, sustituyéndola por una ponderación de intereses entre la inmunidad de jurisdicción de la ONU para alcanzar sus objetivos y la protección de los derechos fundamentales de los particulares y, en concreto, el derecho a un proceso equitativo con todas las garantías en el sentido de la decisión del TEDH *Waite and Kennedy* antes mencionada.

El Tribunal de apelación concluyó que la inmunidad de jurisdicción de la ONU debe prevalecer en aras de salvaguardar su funcionamiento y de que los Estados partes continúen enviando tropas a las misiones de la ONU. Para reforzar su argumentación el Tribunal

añadió que existen mecanismos alternativos, como demandar a los responsables de la masacre individualmente o al Estado holandés.

El abogado de las «Madres de Srebrenica» ha criticado duramente este extremo, señalando que la ONU no prevé mecanismos alternativos para resarcir a las víctimas, por lo que la restricción absoluta del derecho a un proceso en este caso es claramente desproporcionada en el sentido de la jurisprudencia del TEDH. Este argumento recuerda al tipo «Solange» utilizado por el Tribunal de Justicia en el asunto Kadi en el sentido de que mientras que la ONU no acuerde mecanismos que permitan salvaguardar unos derechos procesales mínimos, la Unión Europea se verá obligada a arbitrarlos.

Lo anterior, unido a la mayor sensibilidad que parece demostrar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a argumentos contrarios a la inmunidad de jurisdicción de las OOII, llevó al abogado de las «Madres de Srebrenica» a pedir el reenvío de una cuestión prejudicial a dicho Tribunal, lo que a buen seguro volverá a hacer ante el Tribunal Supremo de Holanda, tribunal de última instancia en el sentido del artículo 267 TFUE. Pues, como ha afirmado el abogado de las «Madres de Srebrenica»: «*Si queremos tener alguna posibilidad de éxito, tendrá que ser en la Corte Europea de Justicia*»³¹.

³¹ Véase la referencia en prensa de las afirmaciones del Abogado Axel Hagedorn en http://www.rnw.nl/espanol/article/tribunal-ratifica-inmunidad-de-la-onu-en-caso-srebrenica?quicktabs_1=0 Para un análisis de la sentencia de apelación del mismo abogado puede visitarse el siguiente enlace: <http://www.vandiepen.com/nl/srebrenica/detail/111-un-immunity-disregards-fundamental-human-rights-a-decision-by-the-court-of-appeals-at-the-hague-in-the-case-of-the-mothers-of-srebrenica.html>

COLECCIÓN GREGORIO PECES-BARBAS

Coordinadores:

María del Carmen Barranco Avilés,

Óscar Celador Angón,

Félix Vacas Fernández

1. *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho (2011).*
2. *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho (2012).*