

Recensiones

JOSÉ GABRIEL STORCH DE GRACIA Y ASENSIO (Coord.):
Estatuto jurídico de las lenguas de señas en el Derecho español. Aproximaciones, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, 495 pp.

Es muy grato para mí participar en este número especial del Anuario de Derechos Humanos que el hoy homenajeado Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid viene publicando con tanta acogida en el mundo académico e intelectual. Y lo es por varios motivos: en primer lugar, por poder unirme a la conmemoración de los veinticinco años de existencia de este Instituto que con tanto acierto dirige, desde 1999, la profesora M^a José Falcón y Tella, y, en segundo lugar, por haber podido participar en el mismo como alumna de su “Curso de Especialización en Derechos Humanos” disfrutando así de la calidad de los docentes que allí se dan cita.

El objetivo básico del Instituto quedaba fijado en la promoción de la investigación científica y la enseñanza de los derechos humanos así como en servir de plataforma para la reflexión y debate sobre los mismos. Así es que, siendo fiel a esta línea del Instituto me dispongo a comentar el libro que el Profesor José Gabriel Storch de Gracia y Asensio ha escrito en coautoría y coordinado: *Estatuto jurídico de las lenguas de señas en el Derecho español. Aproximaciones*, obra perfectamente encajable aquí por su compromiso y defensa de los derechos de las personas sordas, y ya premiada con el Accésit del III Premio *Aequitas*, premio de la *Fundación Ae-*

quitas del Consejo General del Notariado dedicada a la ayuda de las personas necesitadas de especial protección en el desarrollo y efectividad de sus derechos.

Esta monografía no podía haberse publicado en mejor momento. Su oportunidad es muy destacada al estar siendo objeto de tramitación parlamentaria en la actualidad el Proyecto de Ley que regulará la lengua de señas en España.

En esta completa obra han participado importantes figuras académicas con sus reflexiones acerca de esta materia que, indudablemente, trasciende del campo estrictamente jurídico.

Se distinguen en la monografía dos partes, ambas divididas en lecciones: aproximaciones filosófico-jurídicas y aproximaciones jurídico-positivas. Las aproximaciones filosófico-jurídicas son inauguradas por el Catedrático de Filosofía del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, D. José Iturmendi Morales. Ya en sus primeras líneas nos sitúa en la trascendencia social tan relevante de la compleja temática de las personas con discapacidad auditiva en nuestro país, y en cómo ésta exigía una actitud política definida al respecto.

En su lección, el Profesor Iturmendi parte de un interesante análisis de la idea de *ciudadanía* y de cómo esta condición resultaba incompatible con el privilegio y la desigualdad, para enlazarlo con acierto con el tema que nos ocupa. Todo ello con la brillantez que caracteriza a sus reflexiones, acompañadas siempre de una rica lista de notas que avalan su calidad y su buena disposición para implicarse en todo asunto comprometido con la mejora social y jurídica de nuestro días.

Partiendo del tradicional enunciado aristotélico de la sociabilidad como rasgo inherente a la naturaleza humana y de su influencia en el pensamiento filosófico escolástico y en el posterior pensamiento filosófico moderno, en el que la persona no podía vivir aislada en sí misma ni encerrada en sus propias circunstancias, ésta para poder alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades requiere de la comunicación con las personas que la rodeaban así como de su ayuda. En pocas palabras, la existencia del ser humano suponía siempre la convivencia y la cooperación mutua.

Y, precisamente, en la era de las tecnologías y de la información globalizadas, no era cuestión baladí reiterar que la capacidad de comunicación de las personas sordas *en y con* la sociedad constituía el elemento fundamental para su plena incorporación en la misma, o mejor dicho, constituía el elemento básico que evitaría una exclusión que supondría su incapacidad en el ejercicio de los derechos sociales y la marginación del sistema de signos.

Se requerían, pues, leyes adaptadas a las necesidades de estos colectivos, y una colaboración con los poderes públicos en su política de previsión, de rehabilitación y de verdadera integración de las personas con discapacidad, sin crear *guettos*, todo ello con el fin de lograr las condiciones óptimas para que las libertades y la igualdad constitucionales del individuo y de los grupos en que se integran fueran reales y efectivas.

No obstante, las medidas jurídicas, tanto presentes como futuras, no bastaban por sí solas para cambiar la sociedad. Los factores sociales también eran elementos influyentes en el Derecho, un Derecho en continuo proceso de adaptación-adeacuación si quería orientarse en el correcto camino a seguir. Y ese camino correcto no era otro que aquél que superase las raíces de los procesos de exclusión que se estaban produciendo en la actualidad, y de los cuales no parecían escapar los colectivos de personas sordas.

Los procesos de exclusión social estaban siendo alentados por un peligroso proceso de instrumentalización de un mal entendido “respeto a la diversidad y a la preservación de la diferencia”. Esta es una idea compartida por todos los autores que intervienen en esta monografía.

Es cierto que la aceptación del derecho a la diferencia es sumamente compleja. Pero, ¿cuál es la necesidad de hablar de identidad, cuando antes que nada “somos” y somos “todos”, sin exclusiones? Un malinterpretado derecho a la diferencia puede conducir a una segregación social, y, en cualquier caso, un derecho a la diferencia no podría justificar nunca la vulneración de derechos fundamentales, pues nadie puede ser excluido de su derecho a la igualdad.

La denuncia se centraba, pues, en el hecho de trocar la diferencia en un valor absoluto, sacralizando el derecho a mantener una desigualdad que perpetuaría su exclusión social de las personas sordas.

En otro orden de cosas, recoge también el Profesor Iturmendi como en este contexto la Universidad presente y del futuro, en cuanto Universidad abierta a la realidad social deberá abordar el hecho de la discapacidad y su tratamiento en sus múltiples facetas en sede académica.

En este sentido han sido varios los Cursos de Verano que se han realizado en el seno de los afamados Cursos de Verano Escorialenses, con el objetivo —parafraseando a R. Dworkin— de *tomar los derechos* de los discapacitados auditivos *en serio*. Pero, para ello era preciso salir del actual planteamiento extremo, tanto en el plano filosófico como político, de determinados sectores del colectivo sordo español, empeñados en defender a ultranza términos tales como “pueblo Sordo”, o “cultura Sorda”, tratando con ello de desligarse, de separarse del resto de la comunidad humana, y de provocar una división entre “sordos orales” y “sordos gestuales”, cuando precisamente la abolición de las barreras que vallaban el paso a los sordos requería una no distinción entre ellos para su integración plena en la sociedad.

Al hilo de esto, y retomando el comprometido asunto de la diferencia, la exposición del Profesor Iturmendi advierte del peligro que supone caer en una equivocada interpretación de lo que debiera ser una respetable y defendible manifestación del “derecho humano a la diferencia”. Las actitudes identitarias no tomaban en cuenta la capacidad de universalización de las personas. Y estas actitudes identitarias de algunos colectivos sordos estaban propugnando una sedicente comunidad Sorda a modo de “servidumbre de la etnia” contemporánea. El reconocimiento del “otro” como sujeto era un elemento básico en la construcción y en el mantenimiento social, pero era “insano” que la sociedad se organizase exclusivamente en torno a un “principio de diferencia” que podía ser fácilmente invadido por la patológica “obsesión por la identidad propia”, y que nos alejaría de una “*universalis civitatis*”.

En esta línea se encaminaban las conclusiones del Curso de Verano de 2001 sobre “El uso y reconocimiento de las leguas de señas y sus consecuencias jurídicas”, las cuales alertaban de que *“la condición de los sordos o discapacitados auditivos no generase en su ámbito más concesiones a ese arma de doble filo que representaba la moda intelectual que celebraba la diversidad como la mayor de las riquezas culturales humanas”*—advertía Iturmendi—.

En esas mismas conclusiones se resalta la idea de Universidad como plataforma de responsabilidad e instrumento de transformación social, y la conveniencia de abrir la Universidad al mundo de la discapacidad, en este caso de la auditiva. Debía ser una apertura directa y activamente implicada en la enseñanza y en la difusión de las lenguas de señas. De esa lengua de señas que no debía ser ni más ni menos que vehículo de comunicación, de relación y de interacción con otras personas, e instrumento mediador para facilitar la necesaria formación e integración social de las personas sordas señantes. De esa lengua de señas cuyo reconocimiento legal no contribuyese a crear una especie de *ghetto* lingüístico-cultural de una pretendida “Comunidad Sorda”, centrada más en lo propio, en lo diferente, que en los rasgos básicos y comunes del ser humano, rasgos que van más allá de unas diferencias o particularidades que interpretadas de forma equivocada provocaban a la postre exclusión social, y no integración ni plural convivencia.

El compromiso universitario, en consonancia con la ética de la solidaridad, debía asumir entre sus tareas propias la enseñanza de la lengua de señas, homologando Cursos Básicos de Comunicación en Lenguas de Señas, formando Intérpretes y Profesores de Lenguas de Señas, pero todo ello sin caer en el monopolio exclusivo y excluyente de gestión, programación y titulación de estos cursos del movimiento asociativo sordo que representaría otra “relación de servidumbre”.

Haciéndose eco de estas demandas y de estos retos sociales es de justicia destacar la labor pionera de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid que desde el año 2002, a través de su Instituto de Dere-

chos Humanos y en colaboración con el *Centro Hervás y Panduro*, viene impartiendo unos Cursos de Postgrado (Títulos Propios de Magister y Experto) para la formación de Profesores e Intérpretes de Lengua de Señas, bajo la dirección académica del Profesor y coordinador de esta monografía J. G. Storch de Gracia.

La formación de los formadores era a día de hoy básica. Pero al mismo nivel, o incluso de forma previa a la misma, no se debería dejar de reiterar el derecho a la educación como el medio o instrumento más esencial de cara a la integración de los sordos en la sociedad en cuanto que su falta o irregularidad dificultaba o impedía directamente el ejercicio de sus derechos.

El mito de la perfectibilidad indefinida del ser humano y la ilusión de un progreso moral cualitativo, pasaba por la idea de “desarrollo” de una sociedad que partiera y realizara plena y eficazmente el principio de igualdad de oportunidades, necesario a todas luces en el tratamiento de las discapacidades. En este sentido, y partiendo de la relación comunicación-lenguaje-derecho, se hacía preciso el reconocimiento jurídico de la lengua de señas como un lenguaje específico, comunicable y no excluyente de las demás lenguas. Un lenguaje que sirva, como todo lenguaje, para comunicarse, que no excluirse, y para integrarse en la sociedad de todos y con todos.

No obstante, en ese derecho a la educación consagrado constitucionalmente la lengua de señas había de tener un papel relevante en la educación del sordo que la precisara, sin excluir, eso sí, el necesario y constitucionalmente obligado aprendizaje de la lengua oral oficial¹.

Las palabras que acabamos de recoger pertenecen al coordinador de esta monografía José Gabriel Storch de Gracia, Profesor Titular de Derecho Civil ya veterano de

¹ Así J. GABRIEL STORCH DE GRACIA, en la Presentación al libro *Memorias de Juan Luis Marroquín: la lucha por el derecho de los sordos*, de A. GASCÓN RICAÑO, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. En este sentido, destacar las palabras de JUAN LUIS MARROQUÍN: “el fin de la educación moderna es dar a los sordomudos la posibilidad de comunicarse oralmente, (...) como único medio para la integración”.

nuestra Facultad de Derecho. Un Profesor Storch que se define a sí mismo como implacable, contumaz e irónico crítico de injusticias e incorrecciones tal y como demuestra en esta obra.

El Profesor Storch, junto a otro de los coautores de esta monografía, el Catedrático de Teoría de la Comunicación Luis Núñez Ladevèze, enlazan las valiosas aportaciones del Profesor Iturmendi relativas a la identidad con la relación entre Comunicación, Derecho y Lenguaje y un “pretendido derecho humano a la identidad lingüística”. Como manifestaciones primarias del logos, el hombre se comunicaba a través del lenguaje y del Derecho y, distinguiendo los autores entre el “deber ser” y el “ser” se preguntaban si el Derecho debía regular el Lenguaje. La discusión giraba, entonces, acerca del alcance y los límites de la identidad de una lengua. En este sentido el derecho a mantener la diferencia, en este caso lingüística, no podía confundirse con una especie de derecho humano del grupo a preservar su identidad. Así, el a veces postergado y difícil aspecto relativo a la legitimación del propio derecho a preservar un espacio de identidad, a ser diferente, no debía convertirse en instrumento de agresión de algún derecho más universal, confundiéndose con ello causa y efectos.

En el caso de los sordos, y sin emplear piadosos eufemismos, ese derecho significaba el reconocimiento de la lengua de señas como una lengua más pero no como una lengua instrumentada o condicionada por una pretendida identidad comunitaria o cultural a la que alguna corriente ideológica denomina “Comunidad Sorda”. El impedimento de carácter acústico que les acompaña suponía una evidente desventaja² que debía ser superada a base de me-

² A este respecto, tal y como recoge M. AZNAR LÓPEZ en esta monografía (p. 287), enfrentarse a estas desventajas con medidas de acción positiva tendentes a facilitar la integración de las personas con discapacidad no era considerado como anticonstitucional por la justificación de las mismas de cara a garantizar unos mínimos niveles de igualdad de oportunidades a los ciudadanos con alguna clase de discapacidad. Ver al respecto, la Ley 51/2003, 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

dios de acción positiva, asegurando con ello la indispensable igualdad de los integrantes de la “comunidad real” a la que todos pertenecemos.

Puesto que el lenguaje nos iguala a todos era necesario el reconocimiento jurídico de la lengua de señas como lenguaje específico, traducible y comunicable con los demás, y como instrumento de integración social. Nunca definidor de, a la postre, peligrosas diferencias antropológicas.

Al libre desarrollo de la personalidad a título individual no debería imponerse una, sea cual fuera, identidad cultural (sorda u oyente). Esta imposición y, por consiguiente, la no posibilidad de elección del sordo significaría en primer lugar, el no respetar su derecho humano a la diferenciación y, en segundo lugar, abocarle forzosamente a esa “comunidad virtual” configurada como *ghetto* infracultural que sigue manteniendo un excluyente “ellos y nosotros”.

De esta manera, para que el lenguaje no limitase la comunicación social y no entorpeciese el ejercicio de los derechos, y por consiguiente el cumplimiento de obligaciones, se debían prestar todos los medios posibles para ello. En el caso de los sordos, para que sus impedimentos acústicos no limitaran su vida y no interfirieran en la práctica de aquellos derechos que usaban el lenguaje como medio de articulación o ejercicio era indispensable, tal y como afirmaba el Profesor Storch, una educación adaptada a la específica situación comunicativa de los sordos.

El propio derecho fundamental a la educación respecto a su aplicación a las personas sordas daba pie a Storch a relacionar el concepto de “libertad” con el de “derecho a la educación”. En este caso, la libertad como atributo esencial de la naturaleza humana requería de un marco adecuado creado por el Derecho para la efectividad y ejercicio de la misma, pero, sobre todo, de cara a la pretendida plenitud en el desarrollo de la personalidad humana; era necesario un grado educativo siquiera básico que ofreciera autonomía y competencia individual y que, en el caso de las personas con discapacidad auditiva y educativa, tuviera en cuenta una objetiva valoración de sus necesidades y posibilidades, así como una correcta planificación de sus

programas curriculares. Sin olvidar en esta adecuación de necesidades y posibilidades a la figura del educador, del buen educador, que debía manejar tanto la lengua oral como la lengua de señas para, así, facilitar el acceso a la instrucción y a la efectividad del derecho a la educación de los sordos. Al respecto ya apuntó el Profesor Storch en otro foro igualmente comprometido con la integración social de los sordos, cómo en el derecho a la educación la lengua de señas había de tener un papel relevante en la educación del sordo que la precisara, sin excluir el necesario y constitucionalmente obligado aprendizaje de la lengua oral oficial.

Teniendo en cuenta el ámbito en el que nos movíamos, la concreta situación comunicativa de los sordos y su discapacidad educativa, y no olvidando que la educación era uno de los más importantes instrumentos de socialización o integración social, cuanto más en este ámbito, era preciso que el derecho a la educación se configurase como un deber general en el que se reconociera y se exigiera una actividad institucional de los poderes públicos —con políticas de programación general educativas y de financiación, aseguradoras de un derecho a la educación como pleno desarrollo de la personalidad humana y como plena integración social en condiciones de igualdad de oportunidades—, una actividad profesional de los docentes, de la escuela como institución que preserve y desarrolle el respeto a los derechos inherentes de la persona —con titulados especializados que impartan una enseñanza adaptada a la diversidad del alumnado—, un equilibrio en la oferta educativa de los centros docentes en función de su demanda y, por último, la colaboración de los padres, de la familia como fuente generadora de valores, que participase en la propia actividad educativa en un reparto coordinado de responsabilidades.

Es precisamente objeto de otra de las lecciones presentadas por Storch la importancia de “la atención a la diversidad y a la especialización docente curricular en España y su tendencia hacia el modelo integrado e individualizado”. Como en anteriores argumentaciones y

como recordatorio de las mismas, habíamos de partir de las necesarias condiciones de igualdad de oportunidades como garantía del ejercicio efectivo de los derechos, cuanto más los fundamentales. Para este cometido se resalta la importancia de textos como las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*³, que respecto a la educación de las personas con cualquier tipo de discapacidad constituye una guía básica para superar las limitaciones de estas personas partiendo para ello de la integración plena en el sistema de enseñanza de la educación de las personas con discapacidad, prestándose los servicios de interpretación y de apoyo necesarios sin excluir la enseñanza para los casos más graves, contando con personal docente preparado, e intentando conseguir la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general.

Al hilo de lo anterior, es interesante destacar que desde el punto de vista metódico no hay un modelo único obligatorio de cara a la atención a la diversidad educativa, primando la coherencia del modelo elegido con los objetivos marcados. Pero lo que sí se observa es una tendencia hacia una siempre positiva integración posible del alumnado en los centros ordinarios y la consideración subsidiaria de los centros de Educación especial, encaminándose así a la máxima integración del alumno de Educación Especial y, con ello, al reconocimiento, aceptación y respeto recíprocos en un contexto en el que la dialéctica “ellos y nosotros” es inútil pero, desgraciadamente, real, contribuyendo a ella, tal y como se denuncia con carácter general por parte de todos los coautores de esta monografía, todas aquellas posturas que, lejos de favorecer la deseada integración social de los sordos en igualdad de oportunidades, contribuyen con su política segregacionista a enfrentamientos y divisiones que no hacen sino diseminar los esfuerzos y logros alcanzados.

³ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

No es menos destacable la segunda parte de esta monografía relativa a las aproximaciones jurídico-positivas que a modo de plataforma servirían para analizar el panorama que el ordenamiento jurídico otorga a esta cuestión y que vendría a completar el valor jurídico de las lenguas de señas.

Se abre esta otra perspectiva con un resumen de los antecedentes histórico-legislativos de la lengua de señas en el Derecho español⁴. Desde el Derecho romano hasta el Código Civil y las leyes procesales vigentes con sus correspondientes modificaciones, el Profesor Storch hace un completo repaso de las restricciones sobre la capacidad de obrar del sordo en las distintas sedes jurídicas, poniendo de manifiesto la importancia de su instrucción para graduar su capacidad de obrar y la flexibilización legal alcanzada sobre los modos de comunicación con el sordo en sede judicial pudiendo éste elegir la forma de comunicación (oral, escrita o por medio de intérpretes adecuados a la lengua de señas).

Se recoge también, por parte de Manuel Aznar López⁵, un interesante marco general de los derechos de las personas con discapacidad en el que se inscribe la lengua de señas a la luz de diferentes textos internacionales y del articulado de nuestro texto constitucional de 1978. Entre tales instrumentos destacaremos la lucha contra la discriminación, basada entre otros motivos en la discapacidad como uno de los objetivos más destacados de la Unión Europea insertándose en dicho contexto el interés por la lengua de señas, así como los fundamentos que nuestra Constitución proporciona para reivindicar el derecho al empleo de la lengua de señas y para contribuir al logro de una igualdad garantizada y efectiva.

⁴ Para profundizar en sus antecedentes y en su evolución histórica, A. GASCÓN RICAÑO y el Profesor J. G. STORCH DE GRACIA ponen a nuestra disposición *Historia de la educación de los sordos en España y su influencia en Europa y América*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

⁵ MANUEL AZNAR LÓPEZ desempeña el cargo de Consejero de Trabajo y Asuntos Sociales de la Embajada de España en Italia.

Pormenorizada recopilación legislativa la que recoge el Profesor Storch en otra de sus lecciones haciendo un estudio de Derecho Comparado respecto de la lengua de señas y a cuyo análisis invito. Del que hace su autor destacaría su capacidad de síntesis para calificar a las lenguas de señas no como “lenguas oficiales” o “constitucionales”, sino como “lenguas minoritarias” de indiscutible valor cultural e instrumental, y para negar el carácter de “minoría lingüística” de los sordos o su inclusión en “grupos diferenciados”. En definitiva, se trataba de que los sordos no se parapetaran en clasificaciones logomáquicas para demandar amplios niveles de protección amparados por su fragilidad cultural, comunicativa y social y una protección jurídica adecuada a su situación. Protección jurídica de la lengua de señas en la legislación española vigente y su estado sobre la que, de manera incansable, rinde cuentas otra de las lecciones del Profesor Storch donde es de destacar la casuística jurisprudencial que recoge respecto del valor comunicativo de la lengua de señas, por ejemplo, en el proceso penal, así como la necesidad de una cobertura legislativa eficaz que garantice una previa y suficiente formación de intérpretes adecuada (cuerpo de intérpretes jurados) que asistan, en este caso, en los distintos actos procesales y jurídicos en los que los sordos puedan formar parte asegurando con ello la plena igualdad de las partes en el proceso.

Con respecto al “*Borrador de Proyecto de Ley por el que se garantiza el derecho al uso de la lengua de signos española*”, presentado por la CNSE, es criticado desde esta obra tanto en su forma como en su fondo, pero principalmente por mantener todo lo que se ha venido denunciado en esta monografía y que tan flaco favor hace a las personas sordas: postulados que parten de perspectivas étnico-identitarias que acabarían por segregar definitivamente a las personas sordas. No bastaría además con la elaboración de un instrumento jurídico específico sobre los derechos de quienes utilizan estas lenguas (cuyo derecho no es exclusivamente de las personas sordas) en el que se recogiera formalmente la lengua de

señas, y mucho menos precipitado y no meditado; sería también indispensable la formación y el estatuto de los intérpretes⁶. Pero, sobre todo, acentuar el disfrute de los derechos de quienes utilizan estas lenguas y estudiar sus verdaderas necesidades.

Precisamente, la formación jurídica y el estatuto de los intérpretes de lengua de señas: ¿su conveniencia o su necesidad?, se suscita también en esta completa monografía a manos del Profesor Storch y de Javier López Sánchez⁷. En este sentido, la situación de incomunicación de las personas sordas hacía necesario que el intérprete tuviera una formación jurídica básica para así poder transmitir de manera neutral y traslativa lo expresado exactamente por los sujetos de la comunicación.

A modo de conclusiones, se señalan las razones justificativas de la no necesidad del reconocimiento de la lengua de señas como “lengua oficial” partiendo de la base de nuestra regulación legal, lo cual no obsta a su consideración como lengua de especial protección derivada de su papel cultural y de integración social. Tal “lucha” por dicho reconocimiento no sería otra cosa que una mera declaración que desplazaría a la postre la verdadera y más importante cuestión, la superación de aquellas barreras comunicativas impeditivas para una igual participación ciudadana en la vida social de las personas sordas y un correcto ejercicio de los derechos, con un efectivo uso de dicha lengua cuando sea necesario dejando siempre libertad de elección en su uso en cuanto derivada ésta de la estricta libertad individual.

Por último, tan sólo me resta destacar el importante compromiso y aportación de esta monografía a la necesaria apertura y despliegue del ámbito de este debate tanto para la realidad más inmediata como para un futuro en el que no falte el imprescindible compromiso gubernamental y social efectivo, y en el cual no falten voces que trabajen

⁶ En este mismo sentido se pronuncia la Recomendación 1598 (2003), de 1 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁷ JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ es Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

en la eliminación de barreras que dificulten o impidan la integración social o la promoción de personas con discapacidad (con independencia de la denominación que reciban), en definitiva, personas que pueden carecer de la debida protección en concordancia con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que define nuestra Constitución de 1978. En este sentido, si afirmamos que el Derecho es el resultado de decisiones racionales, la racionalidad en este caso de las medidas recogidas en la futura Ley reguladora de la lengua de señas ha de probarse mediante el debate y la ponderación de argumentos a los que, indudablemente, y con gran lucidez, contribuye esta monografía en pro de la protección y la efectividad de los derechos de los sordos. De tal forma que sólo estaremos en la vanguardia de esta protección si esta Ley reconoce la diversidad de las personas sordas y recoge todas las opciones comunicativas que existen para ellos, así como el derecho a su libre elección. Mientras tanto, y sobre todo, este mensaje del Profesor Storch: “*A los sordos, que no se aíslen —individual o colectivamente— ni se dividan, (...) pues si no reciben información por los oídos, por los ojos sí recibirán la Cultura, que es de todos, y con ella, la Libertad*”.

María Eugenia Pérez Montero

Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid

SERRANO RUIZ-CALDERÓN; JOSÉ MIGUEL, *Retos jurídicos de la bioética*, Eiunsa (Ética y Sociedad), Madrid, 2005, 276 páginas.

Esta obra constituye una significativa aportación a la necesaria clarificación de la dignidad del hombre en el ámbito del conocimiento biológico. El autor, José Miguel Serrano, es uno de los principales expertos españoles en materia de

Bioética, tal vez el más significativo desde una perspectiva jurídica y ampliamente conocido entre los especialistas vinculados al entorno biojurídico. Con un amplio elenco de publicaciones relacionadas con la materia, ha abordado todas las complejas y espinosas cuestiones del desarrollo científico de la biología, tan pronunciado en los últimos años, y ha participado de manera reveladora en el debate moral y jurídico abierto en relación con esta materia.

Me parece que inicialmente se debe destacar la claridad de criterio, tan necesaria siempre en el derecho y más, si cabe, en cuestiones morales. A ello se une una argumentación rigurosa que hace que la obra supere ampliamente el estrecho marco de una cuestión particular aunque, como la bioética, sea de extraordinaria importancia, al plantearse el ámbito de comprensión de la investigación científica y el papel que en ella tiene el derecho.

Es difícil no estar plenamente de acuerdo con la afirmación del prólogo de que “No tiene rigor jurídico la sacralización de lo impuesto, de lo logrado por los poderosos; tampoco tiene rigor intelectual la adscripción a las corrientes dominantes de la época, la repetición de la última moda que nos obliga a ser analíticos un decenio, partidarios del consensualismo moral y social otro, y del utilitarismo radical el último” (p. 13) y es de agradecer al autor una firme referencia filosófica que, en esta materia, redundará en gran beneficio de la dignidad humana, tan intensamente amenazada por la poderosa ideología mundial dominante que siempre provoca la “evolución” de las ideas para que se adapten a sus intereses, frecuentemente cambiantes.

Realiza el profesor Serrano una profunda reflexión sobre la revolución biológica, en la que destaca los aspectos positivos pero también los riesgos, con los que relaciona el origen de la bioética y su incidencia social; indudablemente la ética aplicada a la vida no puede ser considerada, como tan frecuentemente ocurre, como un mero establecimiento de límites sin un sentido definido, algo que lleva en ocasiones y no sin cierto carácter ideológico y demagógico a ver en ella la mera oposición a determinadas actividades investigadoras, sino también como un esquema de

comprensión de las oportunidades beneficiosas, arriesgadas o peligrosas para la dignidad humana y la propia humanidad al igual que el del fracaso o el del éxito personal, profesional e intelectual.

El autor pone en juego amplios conocimientos históricos y literarios que son relevantes para contextualizar y entender las dimensiones del problema más allá de su situación presente, que en un campo tan fuertemente cambiante no es representativa. En este sentido, pone de manifiesto el carácter nihilista y sadista, más que propiamente evolucionista, de las teorías eugenésicas, algo que conecta y pasa por el componente individualista y hedonista subyacente a determinadas concepciones ecológicas. Igualmente ha destacado, con gran brillantez, las antropologías teístas subyacentes a algunas opiniones ecologistas.

Hace sutiles matizaciones a teorías y afirmaciones tan bienintencionadas como carentes de fundamento. El utilitarismo (Singer) que “acentúa la sensación frente a la razón” (p. 60) y el neocontractualismo con su proverbial exclusión de la moral de la vida pública. En esa misma línea descarta la bioética de principios (formales), frente a la personalista, por la que se decanta, pero entendida en sentido ontológico y no meramente desarrollista, como plantean las versiones relacionales o hermenéuticas del personalismo; al respecto formula apreciaciones sumamente interesantes y pone de relieve los principios que en ella se sustentan.

También repasa la institucionalización de la bioética, poniendo en evidencia cómo “instituciones de bioética dependientes de laboratorios se declaran independientes de valores no utilitarios” (p. 64), algo unido a su función política y su pretendida autorregulación. Pero, con una buena formación clásica, pone de manifiesto cómo “la aventura de la ciencia occidental está ligada, pues, desde su inicio a un contexto ético, como no podría ser menos en una actividad esencialmente humana” (p. 70), si bien podríamos decir que una buena parte de la técnica —más que la ciencia, como el autor se encarga de distinguir— está en manos de individuos ajenos a esa tradición y, por eso mismo, no evalúa el conocimiento con consideraciones morales, lo

que imposibilita el diálogo en términos antropológicos; con ello se abre la pregunta de cómo defender la verdad cuando falla el entendimiento razonable.

El repaso de las implicaciones políticas que supone el uso de la tecnología biológica por un poder sin límites y los riesgos para la libertad política que se derivan de la ausencia de consideraciones morales es evidente (aunque es entendida por el autor en el sentido de un republicanismo con argumentos que no comparto en su totalidad, aunque no estoy seguro de si los emplea irónicamente), sí es plenamente compartible el carácter totalitario y nihilista que proyecta una bioética sin moral, algo que el autor ejemplifica literariamente de modo acertado. Especialmente relevante es el análisis de la versión tecnocrática de la investigación científica que anula la subsidiariedad en la organización social. Frente a ello propone el *telos* curativo de la medicina como perspectiva adecuada y lo considera una adquisición social irrenunciable, atribuyéndole un rango similar a la dignidad de la persona, en la que se integra.

En el capítulo dedicado al debate moral y sus efectos sobre el derecho nos muestra cómo las dificultades reflejan en la ambigüedad del código penal, cuyas inconsistencias hacen de él un instrumento del poder, ajeno a cualquier garantía, toda vez que se sustenta en diferentes concepciones normativas que impiden un debate resultados compartidos, consecuencia de premisas igualmente no compartidas. El autor hace un recorrido, para caracterizar el papel del derecho en la bioética, por las diferentes concepciones de la justicia y su entronque con la naturaleza humana, algo que desarrolla temáticamente en capítulos sucesivos, mostrando un amplio conocimiento de la jurisprudencia de los diversos países. La dignidad de la persona, sobre la cual hace un estudio detenido, es la clave que le permite entender el alcance del derecho; con esa referencia estudia la relación del derecho con la vida prenatal y la eutanasia, donde pone en claro el proceso manipulador, que describe con precisión. Igualmente se ocupa, en el capítulo final, del desafío que la “institucionalización” de

la homosexualidad por gobiernos socialistas supone para la familia y los niños menores de edad.

Si algo queda claro con la lectura del libro es que el superficial sentimentalismo en que se sustenta la bioética oficial oculta un rostro inhumano que se soporta en la manipulación de la esperanza. Ciertamente no está garantizado ni es siquiera probable que las aportaciones de esta obra tengan acogida en un entorno relativista como el actual, donde la opinión evoluciona al servicio del interés de las castas dominantes, donde la motivación “intelectual” para justificar y promover los cambios sociales está en el servicio a los intereses dominantes, de los que se benefician, pero sería deseable para el bien de los más débiles. No cabe duda de que esta obra constituye el resultado logrado de una argumentación profunda y rigurosa y que, con ella, presta un servicio a la dignidad humana en uno de los aspectos donde más necesario es en este momento histórico. Su lectura se hace imprescindible para comprender adecuadamente los retos con que la biología y la medicina nos interpelan.

Juan Antonio Martínez

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA: *Equidad Derecho y Justicia*, Prólogo de Juan Igartua Salaverría, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

La equidad es, probablemente, el tema que mayores retos plantea al jurista. En ella la justicia se hace real y humana, adaptándose a los casos concretos en los que el Derecho constantemente, a lo largo del espacio y del tiempo, interviene como regulador de la convivencia humana. El atractivo de la equidad queda patente en la multitud de libros y tratados que sobre ella se han escrito. Sin embargo,

su profundidad inagotable y cambiante, la convierten en una de las cuestiones jurídicas que siempre resultan novedosas. Leer la obra que aquí se presenta —“Equidad, Derecho y Justicia”— supone, al mismo tiempo, enfrentarse a la antigua y a la nueva concepción de la bien llamada “justicia del caso concreto”. El título de la obra no debe confundir al lector pues, los tres conceptos a los que se refiere, no son considerados en plano de igualdad. Más bien, siendo la equidad el tema central, la primera parte del trabajo se refiere a ella en sus aspectos generales dentro de los conceptos de Derecho y de Justicia, mientras que la segunda parte de la obra, se centra en el análisis de la equidad en el Derecho positivo.

El estudio sobre la equidad realizado por la autora, la profesora María José Falcón y Tella, resulta totalmente novedoso respecto al método empleado: por un lado, aporta una lectura vertical, convencional, marcando los tres planos de los hechos, las normas y los valores; por otro, plantea otra lectura horizontal resultante del análisis de cada uno de los tres planos indicados y, dentro de ellos, las distintas temáticas. Creo que será de interés para el lector, señalar, resumidamente, los aspectos más destacados de esta obra.

Desde el **plano de los hechos** y considerando el desarrollo de **la equidad a lo largo del tiempo**, la profesora Falcón y Tella realiza un estudio profundo sobre las diferentes manifestaciones que ha ido teniendo desde los griegos hasta nuestros días. Un hecho destacado por la autora y de gran importancia fue la innovación introducida por Suárez, quien entiende que la equidad está orientada al servicio del “bien de la persona humana concreta”. Se pasa así de una concepción de la equidad de tipo “universalista”, a una concepción “personalista” de la misma. Fruto de esta variación, en la Edad Moderna, deja de ser considerada como una virtud moral para convertirse en “una interpretación jurídica en contra del tenor literal de la ley”. La equidad se configura entonces como una “interpretación restrictiva” de la ley, de acuerdo con la “presunta voluntad” benigna del legislador. Se presume que el legislador, si hu-

biera tenido presente la circunstancia concreta en la que se debía aplicar la ley, eximiría de su cumplimiento literal.

En el esquema de la profesora Falcón y Tella, el paso siguiente es la consideración de **la equidad en el espacio**. La autora plantea las múltiples facetas de la equidad según el ordenamiento jurídico de que se trate. De acuerdo con el esquema tridimensional (Derecho como hecho, norma y valor), se constatan claras diferencias en los distintos Derechos. La “equity” de los sistemas anglosajones, se presenta con un claro entronque con lo fáctico, con la jurisprudencia; en el plano más propiamente jurídico, el de las normas, se sitúan los ordenamientos jurídicos de base romano-germánica. La autora se pregunta sobre la posibilidad de hablar, en el nivel de los valores, de sistemas como el islámico, el judío, o incluso —a modo de negación de todo valor en cuanto superestructura superflua a abolir— del ordenamiento jurídico soviético.

Profundizando en lo anterior, la profesora Falcón y Tella analiza el papel de la equidad en los principales sistemas jurídicos, siendo de gran interés la exposición que realiza del papel de los “legal principles” en el Derecho anglosajón y los “conceptos válvula” en el Derecho continental. La autora marca una clara diferencia entre las reglas jurídicas y los principios que han de utilizarse “siempre” puesto que dan seguridad jurídica, y los “standards” jurídicos que se utilizan cuando es preciso adaptar la legalidad a la justicia con una función “correctora” del Derecho existente.

En una segunda fase del trabajo —tras su consideración en el espacio y el tiempo—, la profesora Falcón y Tella aborda **el concepto “moderno y continental” de equidad** y un análisis del término en su estadio actual en el castellano. El estudio lingüístico desarrollado por la autora concluye que, en sentido etimológico, equidad supone “tanto como lo más igual”, “lo más proporcional”. Pero la dificultad del concepto, dado su carácter variable en el tiempo y en el espacio, su complejidad y vaguedad, hace precisa la diferenciación que establece Falcón y Tella con otros conceptos afines, tales como el de buena fe o los prin-

ceptos generales del Derecho y la concreción de las **funciones que desempeña la equidad en el Derecho**. La equidad no se limita a interpretar la norma; a la interpretación, sin más, se une la aplicación, es decir, la adaptación del Derecho cuyo sentido ya se ha fijado, a la realidad de un caso concreto de la vida real.

En el **plano de los hechos**, la equidad, señala la autora, tampoco es ajena a la problemática de la plenitud del Derecho y de las lagunas legales, al menos en un doble sentido. Por un lado de manera positiva, cuando a través de ella tratamos de verificar el carácter pleno del ordenamiento jurídico. Y por otra parte negativamente, cuando se observa la existencia de vacíos que quiebran el dogma de la plenitud del Derecho como un todo, especialmente por lo que se refiere a las llamadas lagunas impropias, que muchas veces lo son como consecuencia de la falta de una adecuada interpretación de la norma jurídica a la luz de la equidad. Dentro del primero de estos aspectos de la equidad, el positivo, cabe destacar la teoría basada en la obligación de emitir un fallo del juez. Los tribunales no pueden abstenerse de fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurriendo si lo hicieren en responsabilidad.

En el **plano de las normas** destaca la función moderadora de la equidad. La mitigación del rigor del Derecho estricto a través de la suavidad, benignidad, humanidad, piedad, atenuación, allanamiento y lima de asperezas de la equidad.

Uno de los aspectos más novedosos introducidos por Falcón y Tella es el método que emplea al plantear la posible función creadora de Derecho de la equidad. Dejando aparte el tema de la aportación de la equidad a la creación del Derecho a través de las máximas judiciales cuando éstas constituyen jurisprudencia, la autora sostiene que la equidad ayuda también a la producción jurídica cuando las máximas judiciales no constituyen jurisprudencia, porque, simplemente, en su función, al aplicar el Derecho prefijado a los casos concretos, lo adapta a ellos y lo individualiza, o bien lo dulcifica creando una excepción al Dere-

cho estricto. Da origen, entonces, a “normas individuales”, como es el caso de las sentencias que aunque no constituyan jurisprudencia tienen valor “inter partes”, aunque no “erga omnes”. En definitiva, señala la autora, una cosa es complementar y otra completar, y la ley ya existía completa antes de dicha equidad, precisamente como fruto de una etapa anterior, la de creación de la misma por el Parlamento. Además, existen varios límites a la libertad judicial en el empleo de la equidad.

También resulta interesante el análisis que la profesora Falcón y Tella hace de los sujetos artífices de la equidad según sus distintas funciones. En el **plano de los hechos** estudia la labor desarrollada por los jueces ordinarios y permanentes, la equidad “judicial” en sentido estricto, la equidad aplicada por los árbitros o compromisarios, la equidad “arbitral” y la equidad aplicada por el Rey o por órganos del poder ejecutivo, al ejercer el indulto. Desde el **plano de las normas** y tomando como referencia nuestro propio ordenamiento jurídico y los de tipo continental, no cabe duda de que fuera del Derecho positivo, nada hay que merezca ser calificado de jurídico, siendo el resto moral social. Finalmente, la autora se plantea el **plano de los valores**, considerando el “individuo” ante los dictados de su conciencia, es decir, el problema del conflicto de deberes. Pueden existir ocasiones y circunstancias en las que la “Ley” personal y la “ley” social colisionen. En estos casos, y dentro de ciertos límites, podrían estar legitimadas formas de desobediencia al Derecho, especialmente las de carácter pacífico. El choque puede producirse no sólo entre el plano moral y jurídico, sino incluso dentro del propio plano jurídico. Es el caso de las antinomias legales, y, como figura afín a ellas, el del “conflicto de deberes”.

Pese a ser un tema sobre el que existe una amplia literatura la autora no se resiste a tratar los **tipos de equidad**. Sin embargo, es de gran interés su estudio de la equidad “contra legem” en los casos de normas excesivamente generales y de normas injustas en su aplicación.

Desde el **plano de las normas**, la autora abre una nueva reflexión en torno al **aspecto objetivo de la equi-**

dad y su relación con las fuentes del Derecho, especialmente con los principios generales del Derecho. Junto a ellos, la autora concede gran importancia, en el ámbito de la equidad, al conjunto de reglas indeterminadas y flexibles que el legislador o, en su caso, la jurisprudencia, dejan a la concreción del juez o del jurista, y cuyo contenido ha de fijar éste, extrayéndolo de las realidades prácticas de la vida, teniendo en cuenta también criterios morales. Se trata de las llamadas “máximas de experiencia”, “standards jurídicos” o “directivas”. A esta categoría de conceptos elásticos o flexibles pertenecen, entre otros muchos, los de orden público, buenas costumbres, abuso del derecho, buena fe, corrección, diligencia de un buen padre de familia, etc.

Pero, con toda seguridad, la consideración de la equidad en el ámbito de la autonomía privada es el tema mejor tratado por Falcón y Tella en su relación con las fuentes del Derecho. La equidad la presenta, primero, como un límite a la actividad de las partes a la hora de realizar actos y negocios jurídicos —momento autónomo—; y segundo, como un límite impuesto al legislador con respecto al acto realizado por los particulares o al juez en la aplicación de la norma existente para dirimir posibles conflictos entre particulares —momento heterónomo—.

Finalmente, en el **plano de las normas** pero en consideración al **aspecto subjetivo**, Falcón y Tella indaga en las conexiones que se establecen entre la equidad y el “abuso del derecho”, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Si hasta aquí nos hemos detenido en las consideración de los aspectos generales de equidad, expuestos por la autora con gran profundidad, la segunda parte de su trabajo, no desmerece en rigor y claridad. La profesora Falcón y Tella es consciente de la importancia de abordar la equidad en el ámbito del Derecho positivo. Es aquí, en el Derecho vivo, aplicado, donde el ciudadano entiende el verdadero significado de la equidad. Es posible que la primera parte de la obra, en términos generales, no pretenda descubrir nada nuevo sino profundizar en cuestiones tradicio-

nales; en esta segunda parte, recibimos de forma novedosa, una visión global y amplia de la función de la equidad en las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

En el **Derecho civil** español actual, la equidad aparece contemplada en el artículo 3.2 del Código civil, según la redacción que se le dio por Decreto de 31 de mayo de 1974, dentro del capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas, inmediatamente después de la regulación de los criterios de interpretación. La profesora Falcón analiza la doble función que desempeña la equidad a tenor de este artículo. En primer lugar, actúa como justicia del caso concreto, a modo de criterio interpretativo, junto a los demás criterios del artículo 3.1 del Código civil, en el sentido expresado en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974. La segunda función de la equidad mencionada en el artículo 3.2 del Código civil es la de servir de exclusivo sustento del fallo judicial, lo cual será sólo posible cuando la ley expresamente lo permita, debiendo entenderse, por tanto, en un sentido restrictivo, en parte también porque esa función viene ya desarrollada a través del libre juego de los principios generales del Derecho.

Además y aunque no lo mencione el artículo 3.2, la equidad ha de utilizarse también en el Derecho privado en materia de contratos. En primer lugar, como límite que no puede superar la autonomía de la voluntad en la celebración de los mismos, en segundo lugar como canon interpretativo o ponderador de las consecuencias del contrato y, finalmente, como canon integrador. Pero en el régimen de las obligaciones y de los contratos la seguridad jurídica exige que determinadas partes o instituciones pertenezcan al Derecho estricto, para la certeza del tráfico jurídico. Esto es especialmente cierto para instituciones destinadas a facilitar y asegurar el tráfico —letras de cambio, títulos al portador, etc.— o el Derecho registral, que exigen unos hechos externos y visibles, fácilmente cognoscibles por los terceros.

En el **Derecho administrativo** existen dos figuras que son el equivalente en el Derecho público de dos instituciones del Derecho privado y que es importante destacar en materia de equidad. La autora se refiere al exceso o desvia-

ción de poder —equivalente del abuso del derecho del Derecho privado— y a las potestades o poderes discrecionales —que bien podríamos equiparar en el ámbito público al papel jugado por la autonomía privada en el Derecho privado—. Junto a estas figuras, la autora destaca la importancia de los conceptos jurídicos indeterminados, que facilitan la aplicación equitativa del Derecho. Se trata de conceptos como los de justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc. Frente a la noción de potestad discrecional, caracterizada por que hay una pluralidad de soluciones justas posibles y precisamente ahí está la libertad o discrecionalidad de la Administración Pública para elegir entre ellas, en los conceptos jurídicos indeterminados hay una unidad de solución justa, su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto o el precio que se señala es justo o no lo es. Esta es otra de las diferencias entre la solución en equidad y la solución discrecional. En cualquier caso, el uso que la Administración puede hacer de la equidad en el desarrollo de sus poderes discrecionales y normativos debe encontrar su freno en la aplicación equitativa del Derecho por parte del juez, en defensa de la parte más desfavorecida en la relación, que es el administrado.

El **Derecho penal** es una de las ramas jurídicas en las que más se ha hecho sentir la influencia del principio de equidad, entendida en el sentido de humanidad y benignidad, así como en el de individualización de las sanciones penales para que se adapten al sujeto concreto que las sufre. La idea de equidad, superada la fase inicial de las legislaciones antiguas, en las que la pena se basaba en la venganza, la represión y un sistema de sanciones atroces, se inspira hoy en día en la idea de individualización penal a través de dos categorías de carácter científico: la noción de daño y la noción de peligrosidad. Falcón y Tella analiza con precisión el papel de la ciencia y de la equidad en la sanción a través de la rehabilitación del delincuente, que es a la vez médica y ética.

La equidad tiene también algo que decir en el **Derecho financiero y tributario**. Por este motivo, el gasto públi-

co realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. Entre los principios sustantivos que rigen en derecho tributario y guardan relación con la equidad, están el principio de capacidad económica, el principio de igualdad, el principio de generalidad —que es una consecuencia de los principios de capacidad económica y de igualdad, contra los privilegios— y el principio de progresividad, basado en una justicia individualizada. Otros Principios que rigen en el ámbito tributario son de carácter formal, como el principio de legalidad tributaria. A tenor de este principio, también conocido como principio de reserva de ley en materia tributaria, es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos.

La equidad también tiene una enorme importancia en el ámbito del **Derecho laboral**: El principio general de no discriminación del sexo femenino, las condiciones en las que se realizan las prestaciones de trabajo, el deber de buena fe que se manifiesta, por ejemplo, en la obligación del secreto. Además, el poder de dirección y de dar órdenes tiene sus límites en el principio de igual trato y prohibición de la discriminación y, pese a la presunción de legitimidad de las órdenes y la excepción de no cumplimiento, las órdenes sobre la conducta privada tienen también sus límites. Una consideración especial le otorga la autora al despido, especialmente en lo que se refiere al llamado despido disciplinario, y al arbitraje tanto voluntario como obligatorio. No cabe duda de que el análisis realizado por la profesora Falcón y Tella en esta rama del Derecho puede resultar de una gran utilidad para los abogados laboristas.

Dentro de las ramas del Derecho, el **Derecho internacional** —tanto el público como el privado— es una de las que invoca con más frecuencia la equidad, en relación con el principio de reciprocidad. El apartado 2 del artículo 38 del Estatuto del Tribunal de La Haya, señala que “La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal para decidir un litigio *ex bono et aequo* si las partes así lo

convinieran”. En conclusión, Falcón y Tella afirma que, de un examen doctrinal y de los textos internacionales, se deriva que el papel de la equidad en el Derecho Internacional, es doble: 1. Es inherente a una sana aplicación del Derecho, debiendo ser tenido en cuenta por el juez internacional en la medida en que es compatible con dicho Derecho. 2. Sirve para que el juez internacional se inspire en ella para dictar sentencia sin estar ligado por el Derecho en vigor, aunque debe ser autorizado expresamente por las partes, como en el arbitraje.

De nuevo en el Derecho internacional, especialmente en el Derecho internacional público, la autora dedica una especial consideración a la figura del “arbitraje”. El arbitraje internacional puede ser definido como aquél procedimiento que tiene por objeto arreglar con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre los Estados, como sujetos del Derecho internacional mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación del Derecho internacional público o, en su caso, cuando las partes lo convengan expresamente, por consideraciones de equidad. La doctrina del arbitraje y de la amigable composición en el Derecho internacional se plasma en una renuncia al Derecho objetivo y a los derechos subjetivos de él derivados. Las partes tienen una aspiración a un derecho. Esto no es incompatible con su renuncia al beneficio de la ley. Las partes abdican de sus derecho tal y como son protegidos por la ley, pero no de sus derechos tal y como se desprenden de la naturaleza de las cosas.

En **Derecho procesal**, el derecho a un juicio equitativo no tiene que ver con la parcialidad. La equidad procesal es más bien una exigencia de garantías procesales, de forma, que normalmente conducen a resultados equitativos. Se trata de seguir principios como el de igualdad, entendido como proporcionalidad. Lo que distingue básicamente el juicio de equidad del juicio de Derecho es que éste, debiendo adecuarse a la observancia de las normas de Derecho positivo objetivamente identificables, está naturalmente sujeto a la “revisio in iure”. En el juicio de equidad el juez actúa según su propia conciencia y sin la obligación

de la observancia estricta de la norma, sustraído, en consecuencia, a la posibilidad de revisión ulterior por el juez superior. La sentencia dada en equidad no puede ser impugnada. El juez de equidad puede aplicar una norma jurídica, pero la aplica para el caso concreto. Un caso que de lugar a un juicio de equidad podría ser sometido a un nuevo juicio, pero no a una ulterior verificación de la corrección del primer juicio. Estamos ante el tema de la motivación de las sentencias de equidad. Si se acepta el juicio de equidad como un juicio subjetivo, es una incongruencia lógica indagar por su motivación y tratar de dar una justificación objetiva a una elección normativa que es por esencia subjetiva. Lo único que puede exigirse al juicio de equidad es que sea congruente con el caso concreto, que no sea pura intuición y arbitrariedad —equidad cerebrina—. La regla del juicio de equidad es una regla interna: su congruencia y racionalidad con los hechos, con las normas procesales y con los límites que impiden que deje de ser juicio de equidad y se transforme en arbitrariedad. Mientras en el juicio de Derecho es la norma externa, el Derecho, el que prevalece sobre el juez, en el juicio de equidad es el juez el que prevalece sobre la norma.

La autora termina con una alusión a la equidad en el **derecho mercantil** y el principio de “buena fe guardada”. La equidad mercantil consiste simplemente en la constatación inquisitiva de la verdad de una relación jurídica y en la aplicación a ella de una norma coincidente con cierta expectativa basada en la existencia de un uso de comercio generalizado.

Como conclusión de esta exposición resumida y en algunos aspectos, crítica, de la obra “Equidad, Derecho y Justicia” realizada por la profesora María José Falcón y Tella, podemos decir que se trata de una visión novedosa en cuanto al método de su estudio y de gran utilidad práctica, sobre todo en lo que se refiere a la segunda parte, dedicada a la equidad en las diferentes ramas del Derecho positivo.

Isabel Ruiz Calderón

OLLERO, ANDRÉS: *España: ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Civitas, Madrid, 2005.

El libro que ahora se presenta luce un título particularmente oportuno, fruto no tanto de la casualidad como de la coherencia temática de su autor. El inicio de la dedicación a problemas relacionados con la conjunción entre derecho y religión es ya patente en su trabajo publicado hace más de dos décadas titulado “Christianisme, sécularisation et droit moderne: le débat de la loi espagnole de mariage civil de 1870”¹, y luego la ha continuado en otros estudios. Por otro lado, la dedicación a los derechos humanos tiene un lugar destacado en el pensamiento jurídico de Ollero, sobre todo, a partir de los años ochenta. Anteriormente su interés se circunscribe a problemas cruciales de la historia de la filosofía del derecho, intercalándolos con el análisis de pensadores tan dispares e interesantes como Juan Manuel Ortí y Lara o Maurice Merleau-Ponty. Si atendemos a sus publicaciones vemos que nunca se había dedicado a profundizar en ese intento de hermanamiento de la filosofía del derecho con el derecho eclesiástico; cosa que sí había hecho con otras disciplinas como, por ejemplo, el derecho constitucional² y el derecho laboral³. Ahora le toca el turno de diálogo con los eclesiasticistas, un colectivo a veces infravalorado, injustamente, pero que en España alcanzó cotas muy altas con la figura de Pedro Lombardía y que aún sigue dando resultados fructíferos.

¹ Incluido en LOMBARDI-VALLAURI, L. y DILCHER, G. (eds.): *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, tomo II, Giuffrè, Milano, pp. 1099-1140. Hay versión española publicada en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXII, número 2, 1981, pp. 133-178.

² *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005, 2ª edición, actualizada y aumentada.

³ *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

Después de realizado este escorzo es necesario entrar en materia y poner de relieve que se trata de un trabajo realizado desde una perspectiva constitucional, es decir, el análisis de la libertad religiosa se lleva a cabo fundamentando jurídicamente, aunque los argumentos tengan un trasfondo apoyado en convicciones personales. La obra de un autor tiene que estar en armonía con su actitud ante la vida.

En la actualidad impera el interés de algunos por esgrimir razones —con inclinación laicista— para no imponer convicciones a los demás; cuando paradójicamente desde el derecho se nos imponen “convicciones jurídicas” a través de una “fe jurídica” que suena a música celestial para los profanos en derecho y a crítica o resignación para los versados en derecho.

Es preciso llevar a cabo una fijación terminológica en cuanto al término laicismo; para ello, acudimos al autor de la obra que plantea su propio entendimiento de la acepción. Oigámosle: “Por laicismo habría que entender el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su centro de gravedad sería más una no contaminación —marcada con atisbos de fundamentalismo, si no de abierta beligerancia— que la indiferencia o la auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público” (pp. 17-18). Partiendo de esta definición podemos ver por dónde van a ir los derroteros con los que más de uno podrá no coincidir, pero que, sin embargo, no estarán nunca exentos de apoyo argumental.

Ollero no intenta llevar a engaño al lector y se posiciona claramente desde el principio. Sus armas son la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la doctrina existente sobre la materia; a partir de ahí entra en juego. El autor cree que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad; algo nada descabellado, ya que aparece expresamente en el artículo 16.3 de la Constitución española. También piensa que el Estado

español debe ser aconfesional y a la vez laico, pero no en el sentido de laicista sino como expresión de una “laicidad positiva”, por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional. Para éste el Estado español es laico institucionalmente, “dado que por tal se entiende la mera *aconfesionalidad*”. Pero sería preciso distinguir entre una neutralidad de propósito, que es la exigida por la aconfesionalidad, y una imposible neutralidad de efectos (p. 181).

Ya el propio Tribunal Constitucional exigía de los poderes públicos una actitud de cooperación positiva, desde una dimensión prestacional, distinta de la meramente negativa, que implica indiferencia. Es obvio que la cooperación no va a tener los mismos efectos para todas las confesiones, al tenerse en cuenta la realidad social como elemento vinculante para la actuación de los poderes públicos.

La democracia exige no imponer a los demás las convicciones, pero ello puede empujar —como sugiere Ollero— a un laicismo autoasumido por parte de los creyentes, que acaban asumiendo las convicciones de otros, aunque sean minoría. No parece muy lógico acatar las convicciones de otros cuando resultan ayunas de fundamentación jurídica, por no hablar de razonamientos jurídico-filosóficos, y recurren a argumentaciones basadas en un emotivismo que presenta dificultades en cuanto a su engarzamiento con el texto constitucional y, sin ir más lejos, con la jurisprudencia constitucional. Una cosa tiene que quedar clara: la política no puede ser antorcha que precede al derecho.

De la lecutra del libro resalta su notable coherencia argumental, no sólo del libro en sí mismo sino en el conjunto de la obra del autor. Creemos que éste es un dato en el que Ollero ha querido, directa o indirectamente, hacer bastante hincapié.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante una obra escrita por un autor que no es sólo un riguroso científico, sino también el *homo politique*, que fue y nunca dejará de ser.

José Antonio Santos

CANOSA USERA; RAÚL, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, 302 páginas.

La integridad corporal y moral es de extraordinaria importancia para las personas, es constitutiva de las mismas, su mantenimiento se venía considerando como una exigencia moral, de ahí que haya sido contemplada como un derecho y que el poder público venga siendo llamado a otorgar una protección privilegiada a la misma como una de sus principales tareas. Si hay algo propio e intransferible es la condición personal del hombre que tiene múltiples dimensiones y exigencias a las que el derecho no puede resultar ajeno. Por otra parte, las variadas manifestaciones de la violencia, cada vez más refinadas y sutiles, inciden de manera lesiva en la integridad personal; esto ha hecho que de una caracterización meramente física de la violencia se ha pasado posteriormente a la violencia moral y, últimamente, a incluir la violencia psíquica, cultural, ecológica, etc. en el ámbito de lo que supone agredir la integridad.

Sorprende enormemente, por ello, que, pese a la importancia del tema, no se hubiera abordado un estudio tan completo y exhaustivo como el que nos ofrece el profesor Canosa en este libro que, ciertamente, se trata de una monografía novedosa pues integra el estudio de algo que, hasta el momento había sido tratado fragmentariamente, a propósito de otros derechos, de modo que la obra constituye una aportación significativa al debate relacionado con los derechos fundamentales.

El autor posee la condición de Catedrático de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, donde también ha desempeñado el cargo de vicedecano; por ello enfoca el tema desde una óptica eminentemente constitucionalista, si bien no se limita a verlo en el texto de la constitución de 1978 sino que enmarca adecuadamente la misma en los diversos antecedentes históricos y en el de las declaraciones y pactos in-

ternacionales reconocidos en nuestro entorno, que la explican y condicionan y en los que, a la par, se conforma el derecho a la integridad tal y como actualmente es entendido. El estudio se lleva a cabo en continuo contacto con las fuentes jurídicas vigentes y cuenta con una amplia bibliografía de referencia.

Lleva a cabo, en el capítulo primero, un estudio minucioso de la plasmación constitucional del derecho a la integridad, algo que se ha hecho con diferentes matices y modulaciones en cada constitución, en una búsqueda constante de la expresión más brillante que, desgraciadamente, de poco sirve cuando se trata de evaluar los resultados prácticos. Igualmente hace un repaso exhaustivo a la jurisprudencia de tribunales de diversos países e internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han ido perfilando el reconocimiento del derecho en una multitud de casos, donde se ha marcado una línea argumental seguida por el Tribunal Constitucional de diversos países incluyendo el español. Posteriormente se ocupa de la naturaleza del derecho que es visto como expresión de la libertad que da lugar a la soberanía del individuo sobre su cuerpo y su espíritu que entendido de modo que “no sólo a las omisiones de aquellas acciones que impedirían el ejercicio, sino, asimismo, la protección que lo asegurase” (p. 83) al tratarse de una libertad negativa.

También estudia, en el capítulo tercero, el bien jurídico protegido, con el resultado de que puede recibir protección desde diferentes derechos constitucionales que el autor enumera y estudia detenidamente. En general se considera que veta la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Podemos observar que el estándar de lo que se considera mal trato venía dado tradicionalmente por la costumbre, generalmente conocida —por arraigada— en cada sociedad y de donde derivaba su fuerza implícita y vigor el derecho consuetudinario, que actuaba como rasero de lo permitido en relación con la integridad humana, como vemos en la expresión constitucional norteamericana “tratos desusados” (por más que su significado se entienda de manera variable), pero últimamente ese rasero viene dado

más, según creo, por una ideología que marca una orientación casi previsible de la legislación y la jurisprudencia, que es seguido casi mundialmente con la mayor diligencia, pero sobre la que podemos preguntarnos si sigue la presión de los intereses de determinados grupos, mundiales dominantes, de modo diferente en cada país, o un sentido lógico o histórico o bien evolutivo, siempre valorado positivamente pero siempre sin aventurar su sentido. Curiosamente este segundo modelo que prescinde de la costumbre, tiene mayor acogida en textos constitucionales y declaraciones internacionales. También en la práctica política, pues, como dicen los que negocian con terroristas ideológicamente afines: “tolerancia cero con los maltratadores” (sin especificar en qué consiste).

Se ocupa igualmente de la titularidad, tanto activa como pasiva del derecho (en el capítulo cuarto), así como de las posiciones jurídicas individuales a las que distingue entre explícitas, implícitas y relativas (en el siguiente capítulo) y de las afectaciones, restricciones e intervenciones legítimas. Nos muestra con un detenido recorrido cómo el ordenamiento jurídico vigente absolutiza unos criterios inconsistentes y relativiza derechos claros. Creo que ello se debe a que en un contexto personalista se supone la existencia de una base para derivar derechos de la personalidad, pero creo que el abandono del personalismo por el pensamiento postmoderno (cuyo protagonismo fáctico no es cuestionado) no puede menos que incidir negativamente en cualquier posible configuración del derecho a la integridad; con lo que el contraste entre un derecho que reconoce caracteres o exigencias personales con un pensamiento nihilista que prescinde de la personalidad (incluso sin negarla, para no hacer juicios metafísicos) interpela al jurista. ¿Como entender la integridad moral cuando se considera lo moral como algo subjetivo e inconmensurable? Así, por ejemplo, si la integridad, sea moral o física, resulta disponible estaríamos protegiendo propiamente la autonomía, noción que carece de reconocimiento constitucional (en sentido personal, si lo tiene en lo que se refiere a la organización política del reino) pero sobre la cual ha basculado gran

parte de la elaboración jurisprudencial y legislativa más reciente pero cuyos contornos son enormemente difusos.

Si tenemos en cuenta que el artículo 15 de la constitución del 78 se refiere a la integridad física y moral al considerar lo personal, estimo que es especialmente relevante el uso, por el autor, de la expresión “derecho a la integridad personal”, siguiendo el uso efectuado por la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2002 y estaba recogida en la constitución de Guatemala de 1985. Pero entendida como referencia de un derecho estimo que, ante todo, abre un debate de carácter filosófico acerca del significado de la persona. Parece claro que, desde esa perspectiva, necesariamente la integridad personal excede la integridad física o la meramente individual y, como ha destacado el autor, aparece con un sentido fundamental, pero exige una acción del estado a favor, ante todo, de los más vulnerables, lo que la configura también como un derecho de protección.

Juan Antonio Martínez

SUÁREZ COLLÍA; JOSÉ MARÍA, *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Editorial Universitaria Ramón Areces Madrid, 2005, 190 páginas.

La sucesión de las leyes en el tiempo es algo que, cada vez, sucede a mayor velocidad pese a la general —o genérica— pretensión de permanencia de las normas; ocurre que ese fenómeno plantea problemas relacionados con la aplicación de las nuevas leyes a relaciones y situaciones jurídicas conformadas con arreglo a normas anteriormente vigentes que, en unas ocasiones, se consolidan y, en otras ocasiones, por el contrario, pueden verse afectadas y modificadas por la nueva legislación. Efectivamente las le-

yes, ocasionalmente, pueden someter a revisión las condiciones de validez y de persistencia de los actos jurídicos, así como de sus consecuencias, pese a ser estos actos anteriores a la propia vigencia de la ley que los contempla.

El autor de este libro, profesor José María Suárez-Collía, Director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, cuenta ya con una conocida y acreditada trayectoria en el estudio de cuestiones relacionadas con la seguridad jurídica, investigación que ha dado frutos en la publicación, entre otros, de estudios relacionados con el principio de irretroactividad (*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Actas, Madrid, obra que ha conocido dos ediciones) igualmente relacionado con la seguridad jurídica. Aquí aborda el estudio de la acción temporal de las normas hacia atrás, hacia el pasado.

La retroactividad de la ley es un tema siempre interesante para el jurista pero más, si cabe, en el momento actual en el que, por poner sólo un ejemplo, el gobierno interfiere en los procesos empresariales con normas hechas para el caso, cuando el proceso está ya en marcha, y va modificando la regulación y las competencias de los organismos reguladores con la clara finalidad de perjudicar la operación mercantil que las motiva; lo que nos da idea de lo especialmente relevante que resulta la cuestión de la retroactividad legal. Para quien tiene la posibilidad de escribir en el boletín oficial y una —sola— idea utópica en la cabeza la seguridad jurídica es un concepto meramente obstructivo de su acción iluminada, pero lo peligroso e injusto que puede ser nos lo muestra el que desoye la ya vieja recomendación de Aristóteles (contenida en la *Retórica*, I, 4, 30, 1360 a) que señala que “Por lo que se refiere a la legislación... es útil comprender por medio del estudio del pasado cuál forma de gobierno es la conveniente”, algo que podríamos igualmente decir de los actos jurídicos de las personas, aparentemente más modestos pero intrínsecamente ligados a la noción de derecho propio.

Es igualmente un tema, el de la retroactividad, en el que, a mi modesto entender, no estamos ante una mera

cuestión de estabilidad segura e inmovilista de la ley frente al cambio inseguro pero factor de progreso, sino que es indicativo del respeto que ofrece la legislación actual de cada momento por el pasado histórico, de cómo se contempla lo pretérito desde la perspectiva del presente jurídico y que involucra siempre un juicio, al menos implícito, en la respuesta que al mismo se dé, acerca de qué hay que derribar y qué hay que conservar en el derecho. La completa irretroactividad no sólo puede ser la trinchera del egoísmo de la posición consolidada o del crimen cometido, sino que, en el polo opuesto, puede invitar asimismo al olvido de un pasado que parece ya no poder convertirse en presente sino que contempla como cristalizado en su ser con significados muertos; mas lo contrario nos aboca al ensayo con el derecho de unos por parte de los dotados de la más elevada autoestima de cada momento pero cuya falta de experiencia histórica les lleva a repetir los errores de los que se debería haber aprendido para evitarlos en el presente.

Ante todo el autor nos pone de manifiesto cómo la retroactividad de las leyes y el derecho transitorio no es una cuestión simple sino que su regulación positiva tiene múltiples recovecos y son también diversas las formas teóricas de entender su alcance. En cualquier caso, la retroactividad de las leyes no es una cuestión meramente teórica, sino que presenta un marcado sentido práctico. Esta dimensión práctica hace sumamente interesante esta obra para los juristas profesionales pues reseña la jurisprudencia sobre el tema, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional además, obvio es decirlo, de la referencia normativa, tanto constitucional como legislativa e, incluso, reglamentaria, que contempla el problema y que, no rara vez, es corregida por la doctrina legal de los tribunales; igualmente cuenta con abundantes referencias a la doctrina de los más significativos juristas, incluidos autores extranjeros relevantes. La experiencia jurídica del autor avala el interés que el tema desarrollado presenta en la práctica del derecho y la consistencia de sus afirmaciones técnico-jurídicas. Su estudio abarca los distintos sectores del derecho, si bien muchos argumentos están más di-

rigidos al ámbito penal, donde la retroactividad tiene, sin duda, tintes más dramáticos.

Se ocupa del estudio de los antecedentes históricos de la figura, así tras un repaso de los textos romanos y medievales referentes a la retroactividad pasa a hacer un estudio más detallado del tratamiento de la cuestión en los textos que plasman las pretensiones iluministas que, volcados como estaban sus autores hacia el futuro, meramente ensoñado, centrados en la búsqueda de seguridad y sin ningún compromiso con la historia, rechazan con amplia rotundidad la retroactividad de las leyes, especialmente penales, como uno de sus axiomas políticos centrales y cuya reiterada proclamación, cada vez más enfática, que se prolonga hasta nuestros días en textos relacionados con los derechos humanos, es corregida, en la práctica, por epígonos doctrinarios de la misma ilustración como el correccionalismo, el positivismo criminológico o el totalitarismo, según ilustra acertadamente el autor.

En el capítulo tercero se aborda la fundamentación de la irretroactividad. La estudia en el marco de la seguridad jurídica en el que los autores modernos la han situado principalmente, hace un recorrido por sus puntos de vista al respecto, que han acabado plasmándose, de modo predominante, en la doctrina actualmente vigente. Posteriormente centra su atención en el estudio de su relación con el principio de legalidad, especialmente penal y, después, en la exigencia del respeto a los derechos adquiridos, en la propia naturaleza de la norma jurídica (que, ciertamente, deja al margen concepciones no normativas del derecho), en la propia dignidad de la persona humana y en otros supuestos. Si bien nuestro autor enmarca la irretroactividad en la exigencia de seguridad jurídica no considera a ésta como un valor absoluto (p. 115), sino que el alcance retroactivo de las leyes más beneficiosas se entiende en el contexto humanitario y de justicia material, aunque no hace descansar en la justicia el fundamento de la irretroactividad.

De las modalidades que reviste la retroactividad se ocupa en un cuarto capítulo, distinguiendo entre retroactivi-

dad expresa o tácita tal y como aparece jurisprudencialmente determinada en diferentes instancias judiciales, en función del grado de aplicación así como de sus efectos para el administrado, todo ello con especial referencia al derecho español y en contraste con nociones jurídicas como la *vacatio legis*, la cosa juzgada, la *reformatio in peius*, etc. para ocuparse finalmente de la ultractividad legal como efecto opuesto a la retroactividad.

En resumen, esta obra puede resultar de gran interés para aquellos juristas que quieran profundizar en las exigencias de la seguridad jurídica relacionadas con la transformación legal y las relaciones temporales entre leyes que se suceden, especialmente en nuestro tiempo, tan vertiginosa como preocupante en términos de Justicia.

Juan Antonio Martínez

FERNANDO FALCÓN Y TELLA, *Nuevos retos de los derechos humanos*, Prólogo de Carla Faralli, Madrid, Grupo difusión, 2006, 280 pp.

La obra *Nuevos Retos de los derechos humanos* del profesor Fernando Falcón y Tella ha conseguido sintetizar con acierto los retos que se presentan a los derechos humanos en el presente, tales como: el multiculturalismo, la globalización, la jurisdicción penal universal, el papel de la soberanía, el terrorismo internacional, las guerras o los avances de la biotecnología e Internet.

Como bien señala en el prólogo de esta obra Carla Faralli “el mérito del libro del profesor Fernando Falcón y Tella es haber examinado todos estos complejos fenómenos con una óptica interdisciplinar, partiendo del plano de los hechos, es decir de las transformaciones sociales (...), para después explorar la dimensión normativa y la axiológica, siguiendo en eso el método tridimensional”.

Este autor, comprometido con la realidad del momento presente, ha sabido diferenciar, con sano realismo y desde la reflexión partiendo de los hechos, «lo nuevo y lo viejo» en el avance de la protección de los derechos humanos, a fin de poder construir nuevos modelos explicativos de la realidad en la cual el enfoque interdisciplinar resulta —como el propio autor señala— más necesario que nunca.

La estructura temática de esta obra que, de acuerdo con una finalidad didáctica-práctica se sistematiza con precisión y claridad, tiene como hilo conductor la “idea de aceleración y complejidad que va ligada a dichos fenómenos en nuestros días”. Se divide formalmente en cinco partes entre las que se incluye una amplia bibliografía y un anexo que recoge los principales textos legales en la materia. Centrándonos en el segundo de los puntos de la obra, artículase en seis bloques temáticos que atienden respectivamente, a:

1) El Multiculturalismo. En este primer punto el autor nos adentra en el análisis del multiculturalismo como fenómeno contemporáneo de clara creación teórica norteamericana, que comienza a utilizarse como “rótulo” porque resultaba “políticamente correcto” para designar una serie de manifestaciones, tales como la multiétnicidad, las reivindicaciones nacionalistas, determinadas opciones sexuales, cuestiones de género y, en general, fenómenos englobables bajo el término “cultura”. Recuerda nuestro autor que entre los patrocinadores del multiculturalismo se encuentran fundamentalmente teóricos marxistas, que buscan el reconocimiento de los grupos minoritarios, dentro de la pugna existente en la sociedad entre grupos diversos y heterogéneos, y supone rechazar la actitud neutral del Estado, propugnando una intervención estatal activa que propicie las a veces necesarias medidas de discriminación inversa que solicitan los multiculturalistas.

El profesor Fernando Falcón y Tella en este punto considera que es necesario que el Estado intervenga y promueva las condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades “al menos en la línea de salida” que supondrá a ve-

ces articular auténticas medidas de “discriminación positiva”, debiendo abolirse la discriminación en su matiz peyorativo cuando signifique un trato injustificado de favor, en suma, cuando no sirva para compensar una desigualdad natural.

En relación con esta problemática analiza el concepto de “patriotismo constitucional”, elaborado en la década de los ochenta del siglo pasado en Alemania y que supone dar prioridad a los valores constitucionales sobre los valores culturales, diferenciándose así del multipluralismo, más partidario del reconocimiento en el ámbito público del papel desempeñado por las diferencias culturales.

Merece destacarse con especial atención el papel que para este autor desempeña la educación a lo largo de los distintos aspectos que aborda durante el desarrollo de su obra. Así, para la subsistencia de la diversidad cultural considera que se hace necesaria una educación multicultural como opuesta a una educación “etnocéntrica”, que propone el diálogo de culturas, la alianza de civilizaciones, y en la que la tolerancia aparece como un concepto clave. Tolerancia que en relación con el valor de los conflictos no implica que los conflictos inevitables hayan de desaparecer totalmente. Por ello, este autor considera que tal vez el término “participación en el conflicto” resulte el más adecuado, puesto que pone el acento más que en el resultado en el simple acto de gestión del problema.

Frente al enfrentamiento existente en la Filosofía actual entre dos corrientes de pensamiento opuestas: el liberalismo y el comunitarismo, el profesor Falcón y Tella sitúa la “alternativa cosmopolita”. El cosmopolitismo —en parte fruto de la globalización— implica una educación con amplitud de miras, “fuera de los muros de la propia comunidad, y considerándose, en cierto modo, ciudadano del mundo”.

Como consecuencia de la idea del cosmopolitismo y la globalización, el sujeto activo de los derechos humanos es cada vez de carácter más amplio, hablándose de derechos que tienen por titular a toda la Humanidad. En cuanto al titular pasivo de dichos derechos, se produce igualmente

una ampliación: desde el Estado a las Organizaciones supranacionales como Naciones Unidas, creándose igualmente una jurisdicción penal internacional —el Tribunal Penal Internacional—.

Especial hincapié hace este autor en el respeto a las minorías —que precisamente por serlo es difícil que lleguen a ser oídas en democracia—. Citando a Henry David Thoreau señala que una minoría de uno con más razón que sus conciudadanos es ya una mayoría de uno y el multiculturalismo tiene precisamente que ver con la existencia de estos grupos minoritarios en democracia, con la convivencia de una pluralidad de culturas a cuyas exigencias hay que dar respuesta. Considerado el pluralismo como una concepción moral sobre el respeto a las creencias ajenas según la cual no existe una verdad absoluta capaz de prevalecer en todas las culturas, nuestro autor considera, con un gran sentido común práctico, que, no obstante, “algunas convicciones dogmáticas deben venir en nuestro auxilio y ayudarnos a vivir. Porque, no olvidemos: ‘hay cosas más verdaderas que otras’”.

Finaliza este primer punto con una exposición sucinta al tiempo que desgarradoramente realista sobre la manipulación llevada a cabo por los medios de comunicación de masas sobre la opinión pública, aptitud que atenta contra el pluralismo y el respeto de las minorías ya que “la impresión de pluralidad democrática será sólo eso, una impresión, una apariencia, que en realidad esconderá poderosos intereses de clases, económicos y políticos encubiertos. Situación que se complica con la expansión de las nuevas tecnologías, con la que la alianza entre poder y medios de comunicación no ha hecho más que afianzarse”.

2) El Tribunal Penal Internacional. Especial mención por su análisis detallado merece el estudio del segundo punto de la obra dedicado al Tribunal Penal Internacional. Tras examinar sus precedentes, poniendo de relieve sus avances en la protección de los derechos humanos —la no inmunidad para los jefes de Estado, la no admi-

sión de la eximente de obediencia debida, la responsabilidad individual derivada de las obligaciones legales internacionales...— y señalando sus deficiencias o limitaciones —no respetar el principio de imparcialidad, ni el de legalidad e irretroactividad de las penas—, el núcleo de este segundo bloque lo absorbe el examen de la Corte Penal Internacional.

Su entrada en vigor en abril de 2001 es valorada como un gran hito histórico en la protección y garantía de los derechos humanos. Como bien señala el profesor Fernando Falcón y Tella, su independencia —libre de la presiones de los Estados—, su carácter permanente —frente a los tribunales *ad hoc* creados para conflictos concretos—, su pretensión de universalidad, su competencia limitada a los crímenes más graves, su carácter complementario, su falta de retroactividad y el ejercicio de su jurisdicción sobre personas y no sobre los Estados, así como la no inclusión de la pena de muerte en el Estatuto y el reconocimiento de todo tipo de garantías procesales, todo ello no le eximen, sin embargo, de deficiencias y limitaciones, tales como la negativa de algunos Estados a participar. Pensemos en los casos de China e Israel, o en el significativo rechazo a esta institución por parte de los Estados Unidos, temiendo que disminuya su propia soberanía y que sus líderes o miembros de su ejército puedan ser llamados a responder ante ella, llegando hasta el extremo de emplear medios —los conocidos *impunity agreements* o la ASPA (*American Service-Member's Protection Act*)— que muestran la resistencia con la que los Estados se aferran a no perder su soberanía nacional, aun en contra, en su caso, de las exigencias de los derechos humanos y la justicia que, a menudo van por otros derroteros como es que “la cultura de la impunidad se torne en una cultura de la responsabilidad”, lo cual plantea el surgimiento de una nueva categoría de soberanía.

Desde esta perspectiva, como bien apunta nuestro autor, “conseguir que los Estados ratifiquen o firmen los Tratados sobre derechos humanos, acepten el control externo de sus acciones o se sometan a la jurisdicción internacio-

nal, seguirá siendo un reto en el futuro para el avance en la protección de los derechos humanos”.

3) La globalización y los derechos humanos. En este tercer punto, siguiendo a François Ost y a fin de diferenciar entre los conceptos de mundialización, globalización y universalización, el profesor Fernando Falcón y Tella acentúa acertadamente en su obra que el término “globalización” presenta una significación ideológica —no es un valor—, en términos exclusivamente económicos, privilegiando la eficacia y la competición, tendiendo a la mercantilización de los aspectos de la vida social y a su liberalización jurídica, teniendo como pensamiento único hegemónico y unilateral que “todo el mercado es real y todo lo real es mercado”.

Como bien apunta el profesor, esta globalización de los recursos se ha olvidado de la globalización de las necesidades que debería como consecuencia necesaria haberla acompañado. También se ha olvidado la globalización de las culturas —“ya que la globalización es lo más opuesto en sus comienzos al multiculturalismo”—, pasándose a utilizar el término “cultura” para designar toda peculiaridad y singularidad, por el sólo hecho de su carácter diferencial, cuando en realidad para que en sentido estricto se pueda hablar de la existencia de una cultura es preciso entre otras realidades una identidad de valores y normas.

En el contexto histórico que se ha denominado posmodernidad, en el que el concepto clave es el de la eficiencia, en el que “el hombre elige medios para fines dejando al margen en la elección los principios éticos y las escalas de valores” el profesor Fernando Falcón y Tella recuerda que la globalización no es sinónimo de la internacionalización de los valores, de los derechos humanos, de la democracia o de la libertad, ya que las fuerzas que la sostienen están más interesadas en los beneficios económicos que en el bienestar de los pueblos más desfavorecidos. Como señala este autor, en este nuevo proceso de globalización se asiste al reemplazo de la misión civilizadora de la época colonial por el proselitismo liberal con —frente a sus evidentes éxitos— otro fracaso, el flujo migratorio a que ha dado lugar.

Esta tendencia a la universalización se manifiesta claramente en el ámbito de los derechos humanos, en cuanto que los Estados cercenan su soberanía ratificando instrumentos y declaraciones internacionales que consagran derechos humanos. Ahora bien, como el fenómeno de la globalización tiene una clara influencia neoliberal-capitalista —desde el punto de vista de la Filosofía y la Teoría del Derecho y de los derechos humanos—, esto se plasma en un auge y globalización de las garantías de los derechos de signo individual —derechos de primera generación— con el consiguiente debilitamiento de los derechos económicos, sociales y culturales —derechos de segunda generación—.

4) Las últimas generaciones de derechos humanos. Con la existencia de una serie de generaciones en materia de derechos humanos se trata de dar cobertura teórica a las distintas categorías de derechos existentes. El profesor Fernando Falcón y Tella analizando los riesgos que esto puede entrañar señala: un encorsetamiento frente a la riqueza y multiplicidad cambiante de la vida —dejando aparte la existencia de derechos híbridos (derecho a la educación, derecho a un medio ambiente adecuado)—, convertir la prioridad cronológica en prioridad axiológica, o el pensar que la teoría de las generaciones de derechos conduce a la consecución inevitable de las mismas cuando la realidad es que existen riesgos de retroceso y que el futuro no siempre lleva al progreso.

Tras esbozar los rasgos distintivos de las distintas generaciones de derechos el autor se cuestiona sobre la existencia de una cuarta generación de derechos, poniendo de manifiesto que algunos sectores doctrinales fundamentan su afirmación en la existencia de un salto “cualitativo” entre los derechos de la solidaridad —tercera generación— y otras categorías recientes surgidas fruto de fenómenos tales como Internet, la clonación... Si bien el profesor Fernando Falcón y Tella parece optar por no dar por concluida la tercera generación de derechos por estimar que las garantías de los mismos son difícilmente alcanzables y su

implementación y efectividad constituyen un reto que en la actualidad tienen planteados los derechos humanos.

Fenómenos tan actuales como Internet, la clonación en bioética, el respeto en la biotecnología a la intimidad... son analizados por nuestro autor constituyendo un valioso instrumento para el conocimiento y análisis de una materia que, dada su novedad, plantea no pocas cuestiones en su tratamiento jurídico.

5) El derecho a la paz y los conflictos bélicos en la actualidad. Como bien señala el autor, a partir del 11 de septiembre de 2001 el derecho a la paz y los conflictos bélicos han experimentado en el Derecho Internacional un giro de tuerca en la materia.

Partiendo de que existen casos en los que las guerras son explicables —en el nivel de los hechos—, son legales —conformes a las normas y los usos que deben presidir todo conflicto bélico en el plano normativo— y, llegado el caso, tal vez justificables —en el plano valorativo—, sin que por ello dejen de ser monstruosas y el último recurso a emplear, una vez agotados los cauces diplomáticos de solución pacífica de controversias, el profesor Fernando Falcón y Tella deja entrever su consideración de grave “retroceso” en la defensa del derecho a la paz y los conflictos bélicos en la actualidad.

El hecho de admitir por primera vez como legítimas las llamadas guerras preventivas o por anticipación conlleva una serie de cambios con respecto a la teoría de la guerra justa más clásica que afectan tanto al *ius ad bellum*, como al *ius in bello*. Con claridad y precisión, no exentas de una actitud crítica, nuestro autor pone de manifiesto algunas diferencias: justificando teóricamente algunos las mismas bajo la excusa de que son inevitables aunque ello implique violar derechos reconocidos por una tradición de cientos de años, intentando hacer bueno el dicho de que “el fin justifica los medios”, las llamadas “guerras pacifistas” en las que a la vez que se tiran bombas se arrojan alimentos y medicinas con el fin de paliar los efectos del desastre, las “guerras con bisturí o quirúrgicas” que intentan minimi-

zar los llamados “daños colaterales”, loables en teoría pero algo irreales en la práctica, o la sustitución de la figura clásica del rehén por los escudos humanos.

Tras unas breves reflexiones sobre el grado de responsabilidad del mundo occidental así como las consecuencias derivadas de la guerra fría, este autor viene a concluir que el orden político de la posguerra está agotado, lo cual se une al auge del fundamentalismo político inspirado en el integrismo religioso.

Como soluciones al problema del terrorismo nuestro autor se muestra realista y es que “no hay procesos irreversibles en la historia”. Ahora bien, lo que realmente quiere poner de manifiesto es que a menudo se confunde el plano del ser —los hechos— y el del deber ser —los valores—. Es en este sentido cuando afirma: “es importante lograr conjugar ese justo punto medio donde se encuentra la virtud, lejos de una ensoñación estéril, pero también de un realismo paralizador”.

6) La cuestión de género. En una época en la que no siempre es fácil manifestar las propias convicciones personales, el carácter comprometido del autor se hace evidente cuando analiza la cuestión de género. Tras unas breves pinceladas reconociendo que la eliminación de la violencia contra la mujer en su sentido más amplio es tardía en el Derecho Internacional, todavía necesitado de un avance en la misma, reflexiona sobre los tres posibles modelos que explican las relaciones varón-mujer en la actualidad, adhiriéndose a la relación de “interdependencia o corresponsabilidad” que propugna la igualdad en la diferencia.

Reivindica que los dos sexos deben estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público. Reclama más presencia de la mujer en la vida pública y del varón en los asuntos domésticos y en la educación de los hijos y distingue en ambos ámbitos funciones intercambiables, —que dependen sólo del aprendizaje— frente a funciones o roles conectados a diferencias biológicas e intransferibles al otro sexo.

En suma, la presente obra constituye un muy notable intento de reunir y clarificar una materia compleja y extensa que es específica de la etapa más reciente de nuestra historia y que plantea nuevos retos para el avance en la protección de los derechos humanos. El objetivo que pretende el autor, y que recuerda a modo de conclusión, es alcanzado con creces: “entre lo que *es* y lo que *debería o podría ser*, entre los sueños y la realidad, sólo hay un puente posible: la acción”. Así “desde la arena política, el mundo académico o el ámbito en el que se desenvuelva la vida de cada uno hay que actuar y/o mover a la acción a los demás”. El realismo de *Nuevos retos de los derechos humanos* y la apertura de miras manifestada con el entusiasmo y compromiso de su autor pueden servir también para provocar un cierto grado de debate sobre los límites externos en el avance de la protección de los derechos humanos y para reflexionar sobre sus mismas bases metodológicas. Estamos, en definitiva en presencia de un trabajo serio que pretende construir nuevos modelos explicativos capaces de dar respuesta a complejas realidades novedosas que precisan y demandan tratamiento jurídico en la lucha por el Derecho.

María de los Ángeles Nogales Naharro