



ISSN 2954-5099

ALÉTHEIA

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Año 2, No. 02, 2024



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco

ALÉTHEIA, Año 2, No. 2, enero-diciembre 2024, es una publicación anual editada por la Universidad de Guadalajara; a través de la Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, teléfono 3331344661 extensión 11548, correo electrónico anuario.aletheia@gmail.com, página web <http://aletheia.udg.mx/index.php/Inicio>, editor responsable Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203, ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Responsable de la última modificación de este número: Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Fecha de última modificación 14 de mayo de 2024.

Las opiniones vertidas en su contenido son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan la postura de los editores, ni de la Universidad de Guadalajara.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad de Guadalajara.

DIRECTORIO

Ricardo Villanueva Lomeli

Rector General

Héctor Raúl Solís Gaeda

Vicerrector Ejecutivo

Guillermo Arturo Gómez Mata

Secretario General

Carlos Oscar Trejo Herrera

Abogado General

José de Jesús Chávez Cervantes

Director de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y
Filosofía del Derecho

Hilda Villanueva Lomeli

Codirectora de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y
Filosofía del Derecho

Raúl Padilla Padilla

Subdirector de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y
Filosofía del Derecho

COMITÉ EDITORIAL:

Juan Carlos Guerrero Fausto

Marcos Josué Vargas Estrada

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez

Selene Villanueva Sosa

Juan Pablo Carbajal Camberos

Pedro Burlini de Oliveira

Editor: Rafael Amézquita Castellanos

CONSEJO CIENTÍFICO:

Alfonso Ruíz Miguel (Universidad Autónoma de Madrid)
Ana Micaela Alterio (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca (Universidad Nacional Autónoma de México)
Alfonso Hernández Barrón (Universidad de Guadalajara)
Alfonso Hernández Godínez (Universidad de Guadalajara)
Arturo Villarreal Palos (Universidad de Guadalajara)
Carlos Bernal Pulido (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos)
Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Ramiro Ruiz Moreno (Universidad de Guadalajara)
Cesar Ruvalcaba Gómez (Universidad de Guadalajara)
Dante Jaime Haro Reyes (Universidad de Guadalajara)
Diego García Ricci (Universidad Iberoamericana)
Enriqueta Benítez López (Universidad de Guadalajara)
Erika Bárcena Arévalo (Universidad Nacional Autónoma de México)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III de Madrid)
Francisco Javier Ansuategui (Universidad Carlos III de Madrid)
Francisco M. Mora Sifuentes (Universidad de Guanajuato)
Germán Cardona Müller (Universidad de Guadalajara)
Guillermo Escobar Roca (Universidad de Alcalá)
Ilse Carolina Torres Ortega (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)
Irene Spigno (Academia Interamericana de Derechos Humanos)
Irma Leticia Leal Moya (Universidad de Guadalajara)
Jorge Chaires Zaragoza (Universidad de Guadalajara)
José Antonio Estrada (Academia Interamericana de DDHH)
José de Jesús Becerra Ramírez (Universidad de Guadalajara)
José de Jesús Ibarra Cárdenas (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)
José Ramón Cossío Díaz (Colegio de México)
Juan Antonio Cruz Parceró (Universidad Nacional Autónoma de México)

(continúa)

CONSEJO CIENTÍFICO:

- Juan Antonio García Amado** (Universidad de León)
Juan Jesús Garza Onofre (Universidad Nacional Autónoma de México)
Juan José Moreso (Universidad Autónoma de Barcelona)
Leonardo García Jaramillo (Universidad EAFIT)
Luigi Ferrajoli (Universidad La Sapienza De Roma)
Luis Efrén Ríos (Academia Interamericana de Derechos Humanos)
Luis Manuel Lloredo Alix (Universidad Autónoma de Madrid)
Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante)
Mara Robles Villaseñor (Universidad de Guadalajara)
Marcos Pablo Moloeznik (Universidad de Guadalajara)
María Carmen Barranco (Universidad Carlos III de Madrid)
María Esther Avelar Álvarez (Universidad de Guadalajara)
Massimo La Torre (Universidad Magna Graecia)
Mauro Barberis (Universidad de Trieste)
Óscar Perez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)
Pedro Pallares Yabur (Universidad Panamericana)
Rafael Fernando Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén)
Riccardo Guastini (Universidad de Génova)
Roberto Gargarella (Universidad Torcuato Di Tella)
Roberto Niembro Ortega (Universidad Complutense de Madrid)
Rodolfo Vázquez Cardoso (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Rodrigo Camarena González (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Silvia Patricia López González (Universidad de Guadalajara)
Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid)
Susanna Pozzolo (Universidad de Brescia)

ALÉTHEIA, Año 2, No. 2, enero-diciembre 2024

Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203,
ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor

En la formación de esta revista se utilizaron las familias tipográficas Cardo Pro.
Diseñadas por el artista gráfico David Perry que se distribuye a través de un
licenciamiento SIL Open Font License (OFL).

En portada: Fachada del Paraninfo Enrique Díaz de León de la Enciclopedia
Histórica y Biográfica de la Universidad de Guadalajara

Óscar Ascary Aréchiga Del Toro

Cuidado de la edición y formación editorial

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	1
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES	
ARTÍCULOS	
LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN DOS SIGLOS DE CONSTITUCIONALISMO.	4
ROBERTO GARGARELLA	
EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.	23
SERGIO A. VILLA	
30 AÑOS DEL MOVIMIENTO ZAPATISTA: DESAFÍOS A LA IMPOSICIÓN CULTURAL DE LAS PRÁCTICAS PUNITIVAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.	33
SOTOMAYOR RIVERA, G. & CARBAJAL CAMBEROS, J.P.	
“ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA DE LA MUJER EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO Y SUS IMPLICACIONES EN OTRAS TIPOLOGÍAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”	57
TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE MARÍA	

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL, PERSPECTIVAS DESDE H. L. A. HART.	87
FRANCISCO RAÚL MATUS RAMÍREZ	
LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO	116
LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA	
UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA COMO BARRERA A DERECHOS.	156
AGUSTINA M. DELLASANTA	
RECENSIÓN	
UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO PARA EL CONSTITUCIONALISMO	200
FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG	
NOTAS	
VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM	214
JESÚS FRANCISCO RAMÍREZ BAÑUELOS	
CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE EN LAS PROFESIONES JURÍDICAS	223
MARCO BENNY KOTEER RICO JIMÉNEZ	

PRESENTACIÓN

JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

Director

La Universidad de Guadalajara, a través de la oficina del Abogado General, da cuenta del segundo número del *Anuario de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho “Alétheia”*, que tiene por objeto reflexionar la situación que guardan los derechos y libertades fundamentales en el pensamiento jurídico, en la jurisprudencia y legislación tanto a escala nacional como internacional.

Este segundo número, está integrado por 9 trabajos que se dividen en la sección de artículos, recensión y notas, que dan cuenta de diversos argumentos y reflexiones que van desde aspectos de filosofía política, derecho internacional de los derechos humanos, filosofía y teoría del derecho. Los diversos laberintos que proporciona las y los autores en este número, nos ofrecen posibilidades de matizar y seguir líneas de investigación, y más, cuando los propios confines del Derecho no están totalmente definidos.

Concuerdo plenamente con *Ansuátegui Roig*, el tomarse en serio la filosofía del Derecho “implica asumir algún tipo de compromiso con su objeto y con sus responsabilidades”. Ciertamente, la postura o diversificación de pensamientos con respecto al significado y fines del Derecho, nos conduce a cuestionar incluso la practicidad del Derecho. En todo caso, lo anterior tiene sentido, desde el momento que debemos dar respuesta a los diversos mundos constitucionalmente posibles.

Desde las gradas del constitucionalismo no podemos vivir de glorias pasadas; a través de la investigación y deliberación, es imperante pensar y ocuparnos por construir un futuro mejor. Es pertinente que los estudios o textos académicos reaccionen a nuestra realidad que en ocasiones se muestra contraria a los derechos y que la especialización del Derecho no de espaldas a las realidades sociales. Recordemos, que, a lo largo de la historia, y más en aquellos periodos complejos, algunas obras académicas han sido fundamentales y significativas, propiciando

movimientos políticos y movilización social; además, han contribuido con ideas, argumentos y reflexiones para lograr cambios sociales efectivos.

Se es consciente, que los trabajos académicos no serán suficientes, pero sí son necesarios para lograr transformaciones significativas de la realidad. Desde este sentir, *Alétheia*, a través de este número, pretende ser ese instrumento de vinculación permanente con la comunidad académica universitaria, dando a conocer debates viejos y nuevos en torno a la filosofía y derechos humanos.

Como Director de este Anuario, la publicación de esta segunda edición constituye gran satisfacción. Agradezco, al Rector de la Universidad de Guadalajara, al Dr. *Ricardo Villanueva Lomelí* y al Abogado General el Mtro. *Carlos Oscar Trejo Herrera* por su apoyo para el desarrollo de este proyecto académico.

De igual forma, agradecer a las personas que han publicado en este número, así como a quienes están en la Subdirección de este Anuario, a la *Dra. Hilda Villanueva Lomelí* y el *Dr. Raúl Padilla Padilla*. Asimismo, a la comunidad académica que conforma el Comité Editorial Nacional e Internacional, como al equipo editorial de *Alétheia*, gracias por su generosidad y apoyo. Disfruten su lectura.

ARTÍCULOS

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN DOS SIGLOS DE CONSTITUCIONALISMO.¹

*"The Engine Room of the Constitution: Two Centuries of
Constitutionalism."*

ROBERTO GARGARELLA
UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

Palabras Clave: Constitucionalismo, democracia, ciudadanía, nuevo constitucionalismo latinoamericano, sociología política.

Keywords: "Constitutionalism, democracy, citizenship, new Latin American constitutionalism, political sociology".

Estoy muy feliz de poder compartir con ustedes momentos, una discusión que espero sea útil y que tiene que ver con propósitos que yo creo que son propios de muchos de los miembros de la comunidad académica, que se pensara el derecho como una herramienta para reflexionar críticamente la realidad y ayudar a cambiarla en un sentido más igualitario y honesto. Y, en esa tarea yo creo que esfuerzos como los que se hacen aquí mismo digamos son importantes y por eso también quería agradecer la invitación y felicitar la iniciativa del Anuario de Derechos Humanos. Quiero felicitar a las autoridades que están comprometidos con las investigaciones, es imprescindible que el derecho esté asociado con el pensamiento crítico y entonces se agradece todo el esfuerzo que pueden hacer aquí las autoridades para para ayudar a la investigación, a la reflexión autónoma e independiente de sus profesores. Agradezco en particular a Ricardo Villanueva,

¹ Conferencia impartida el 05 de septiembre de 2023 en la Cátedra Inaugural 2023B de ALÉTHEIA Anuario de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho de la Universidad de Guadalajara.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Juan Carlos Guerrero y felicito también al amigo al colega Jesús Chávez, director del anuario.

La idea mía de hoy era hablar en torno a lo que es ha sido uno de los libros últimos que presenté, que se llama la sala de máquinas. Pero menos por la idea de devolver sobre un tema académico que es propio sino porque creo que allí todavía hay vida y hay algunas cosas que tienen interés para pensar el presente. La reflexión que voy a hacer está focalizada en el constitucionalismo latinoamericano y voy a tener en mente muchos de los ejemplos que conocemos, tal vez de modo especial, casos como el de México, el de Argentina, el de Chile y el de Colombia. La reflexión tiene que ver también con un compromiso que es también personal con el Constitucionalismo pero que es un compromiso que es genuinamente crítico. Yo creo que parte de los de los gravísimos problemas que tienen que atravesar nuestras sociedades en estos años, en estas décadas, son problemas que tienen que ver con el constitucionalismo, con el derecho. No es que el derecho sea responsable de todos los problemas y, por tanto, digamos, nos da la promesa de todas las soluciones, no. Pero yo sugiero una visión en ese sentido mucho más modesta pero que incluye la idea de que el derecho es parte del problema y entonces puede ser también parte de la solución y yo creo que es lo que voy a tratar de desarrollar en la presentación de hoy: que hemos tenido enormes oportunidades de transformación constitucional y en buena medida las hemos perdido y las hemos perdido, a veces por falta de reflexión, a veces por falta de pensamiento crítico, a veces por demasiada cercanía con el poder.

Entonces quería comentar de qué modo el constitucionalismo podría dirigirse de un modo distinto, de un modo más amigable con el principio democrático y ahí hay una primera idea que quisiera marcar y quisiera sentarme un minuto en ese punto. Digamos que es un punto crucial, todos nosotros, como miembros de la comunidad jurídica, de un modo u otro, aunque no estemos pensando todo el día sobre ello, todos sabemos que las ideas de la constitución y la idea de la democracia son ideas cruciales que están en el fundamento de nuestra organización en común. Pero se trata de dos ideas que no se llevan bien y que no se han llevado bien nunca porque el constitucionalismo y la democracia, aunque

parece que forman parte del mismo universo, también disputan el mismo terreno. La idea de constitución y la idea de constitucionalismo, en general, es la idea de límites, es la idea de frenos, es la idea de controles. Por otro lado, la idea de democracia apela a un poder, en principio ilimitado en el sentido de que es el principio del autogobierno, el principio de que: “si nosotros formamos parte protagonista de una comunidad, debemos tener el derecho de decidir de qué modo queremos vivir y sobre eso debemos tener libertad para pensar y hacer como pensamos”.

Entonces las ideas de constitución y democracia aparecen regularmente de la mano y por eso hablamos de constitucionalismo democrático pero lo cierto es (y esa es una buena primera idea con la cual puede uno digamos arrancar o dejar planteada como como idea para reflexionar) que es que en 200 años al menos de historia de la relación muy intensa entre constitución y democracia, todavía no hay una manera satisfactoria de ver cómo se aúnan ambos compromisos. Entonces tenemos experiencias de sistemas institucionales forjados contra la democracia, hay un autor bastante conocido: Jason Brennan, que escribió un libro “*Against Democracy*” que era esta idea de la necesidad de que el constitucionalismo consuma a la democracia. Hay una idea contraria, por ejemplo, en el principal jurista inglés contemporáneo; Martin Loughlin. El, escribió un libro con el título contrari “*Against constitutionalism*”, porque hay ideas que piensan que no, el problema está en la cantidad de límites que el constitucionalismo le viene poniendo a la democracia.

A mí me gustaría apostar por una idea diferente y es que el constitucionalismo tiene que estar al servicio de la democracia, tiene que ser una ayuda para la democracia (entendida democracia como una conversación). Pero sobre eso, en todo caso podemos ir llegando de a poco. La primera idea entonces es esa, es pensar que hay una relación importante, pero al mismo tiempo una relación difícil y esa tensión entre el compromiso democrático y el compromiso constitucional y no hemos sabido todavía pensar un orden institucional capaz de poner juntos y de modo más armonioso ambas ideas, de modo más hospitalario.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Si uno piensa en la historia del constitucionalismo latinoamericano, (las clasificaciones son siempre en un punto arbitrario) yo clasificaría la historia en cuatro grandes etapas. Pero insisto, es simplemente una propuesta. Una etapa fundacional, una etapa creativa, una etapa de laboratorio, una etapa exploratoria, que fue desde de los años de la Independencia, de 1810 a 1850. Ahí es como vemos a nuestros padres fundadores y vamos buscando de qué modo poner las cosas juntos, explorando modelos alternativos, mirando al exterior mirando la experiencia en particular, la experiencia francesa, mirando la experiencia norteamericana, mirando la tradición hispánica. Bien, como esos grandes modelos de hacia dónde seguir o cómo combinar esas ideas y ahí hay una etapa de exploración muy larga.

Una segunda etapa que yo creo que es etapa fundacional, es la que se abre en 1850. Es el periodo donde se escribe, por ejemplo, la histórica constitución mexicana de 1857 o la constitución argentina de 1853. Pues yo diría hasta el momento, que es la etapa en donde se le va a dar forma (que va a ser la forma definitiva a la organización del poder en la región y sobre eso quiero volver luego).

Una tercera etapa, yo diría, decisiva sobre todo en relación con la otra parte de la constitución, que es la parte de los derechos (que empieza adquirir su forma definitiva a comienzo del siglo XX y ahí también México tiene una participación muy central), digamos la constitución de 1917 o el constitucionalismo social. Yo diría, la primera que le da forma a la nueva manera en que se piensan los derechos en la región.

Luego una última etapa que es la más reciente, lo que a veces se llama el “nuevo Constitucionalismo latinoamericano”. Yo, de esas cuatro etapas, no quiero complicar las cosas innecesariamente, me quisiera concentrar sobre todo en esas 2 etapas centrales que creo que son las que así moldean las columnas vertebrales de lo que sigue siendo el constitucionalismo latinoamericano. Hoy tenemos un Constitucionalismo del que, yo creo, que tenemos muchas razones para sentirnos orgullosos. Hay muchos aportes que el constitucionalismo latinoamericano ha hecho al constitucionalismo mundial. Pero también, yo creo que, en esas dos grandes etapas, quedaron marcados a fuego ciertos problemas centrales que nos siguen acompañando.

En ese sentido, es que voy a pensar en una oportunidad perdida, porque hace décadas que seguimos insistiendo en un modo de pensar. La relación de Constitucionalismo y democracia, yo diría, que ha sido muy fructífera pero que también está llena de problemas y que eran problemas que eran evidentes desde un comienzo. Entonces, me voy a concentrar de esa larga historia del constitucionalismo latinoamericano, de eso que podemos llamar doscientos años. Sobre todo, en estas dos etapas (1850 y el fin de siglo XIX), que es la etapa que forja, sobre todo, una de las dos partes centrales de la Constitución, que es la que tiene que ver con la organización del poder. Y, en la otra etapa, que es la que llamaba la tercera etapa, que es la de 1910 o 1917, a 1950. Es la etapa en donde se le da forma definitiva o más clara, más definida a la otra gran parte de la constitución, que es la que tiene que ver con los derechos.

Sobre la primera de las etapas definidas, se podría hablar mucho tiempo, porque es una etapa además muy interesante, muy rica históricamente, llena de historias fabulosas. Pero quisiera marcar dos puntos interesantes, que también son dos puntos problemáticos, que nos han quedado desde entonces hasta hoy. Esa etapa es muy decisiva en la historia de toda la región y es cuando, por razones que podemos determinar pero que no son del todo claras, por fin, finalmente, los 2 grandes grupos, los grupos antagónicos que se habían estado enfrentando de modo muy sangriento durante décadas, que eran los grupos más liberales y los grupos más conservadores empiezan a pactar. Tal vez por distintas razones, tal vez por el cansancio de tantas muertes desatadas desde muy temprano (desde la época independencia). Liberales y conservadores deciden pactar y, en vez de seguir disparándose, empiezan a escribir en común textos constitucionales.

Entonces, ahí es cuando empieza a tomar forma definitiva una de las partes centrales de la constitución y eso es un resultado que fue muy importante, que fue este pacto liberal-conservador. De ese pacto podría decir muchas cosas, pero me contentaría con decir la siguiente: que fue un pacto que en toda la región tendió a darse de un modo más bien extraño y es que liberales y conservadores en lugar de buscar puntos de acuerdo respecto de los cuales todos pudieran estar íntimamente convencidos. No los dos grupos, yo no tengo ninguna admiración especial por el

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

constitucionalismo norteamericano, pero, por ejemplo, la famosa primera enmienda de la constitución norteamericana dice básicamente que ningún grupo puede imponer su religión sobre la otra, bueno ese es para mí un bonito ejemplo de cómo combinar desde visiones muy distintas, las distintas pretensiones que tienen estos grupos que van a pactar una constitución. En una idea en la que todos están muy convencidamente de acuerdo que es “no nos matemos, finalmente no importa quién llega primero al gobierno si usted, el grupo anglicano o nosotros, el grupo protestante, no le vamos a imponer la religión el uno al otro”. Ese es un modo de pactar un principio y eso tiene un cierto interés en América Latina.

En la práctica (y este es un primer problema que quisiera marcar) fue típica y sistemáticamente otra situación y consistió básicamente en lo que yo llamo la acumulación de visiones liberales y conservadores. En lugar de buscar un punto de acuerdo común en el que todos pudieran estar íntimamente conmovidos comprometidos, se dieron la razón el uno al otro y concedieron cada grupo al otro algo de lo que más querían en la constitución. En la Argentina de 1853, que es de las constituciones interesantes, nos da tremendos ejemplos y dramáticos, ejemplos de lo que esa acumulación significó. Por ejemplo, todavía hoy la Constitución Argentina tiene en el artículo 14 un principio ultraliberal de respeto a la religión distinta y en el artículo 2 una toma de partido especial por la religión católica, apostólica y romana. Esto no fue una Constitución que buscó un punto común donde se quiere superar un mínimo común denominador entre las distintas partes, sino que lo que hizo fue acumular las pretensiones en contrario de ambos grupos.

Como darles la razón a ambos sectores. O, por ejemplo, el artículo 19 de la constitución todavía hoy, la primera línea del artículo 19 (que es un artículo que habla de la vida privada de las personas) en su redacción original era lo que se llamó el sueño de John Stuart Mill, la idea respetar a todas las personas su plan privado, su vida privada, no importa lo que hagan, respetamos su vida privada. Los conservadores otra vez no aceptaron esa idea y dijeron. “no, tiene usted también que poner mi compromiso”. Entonces hoy, todavía hoy el artículo 19 de la constitución argentina sigue diciendo en la primera línea se respeta la vida privada de las personas y en la segunda línea, en tanto y en cuanto no afecte la moral pública, que era lo

que querían los conservadores. Con lo cual, en la segunda línea ya distorsionan lo que querían los liberales en la primera. El punto va más allá de la anécdota y el ejemplo argentino fue una práctica muy común en toda la región. En lugar de buscar un punto de acuerdo superador o un mínimo común denominador entre los distintos grupos que pactaban, la Constitución fue como darles el gusto a todas las facciones porque si no la constitución no sale, no se escribe.

Un ejemplo que se reproduce en toda la región, ya mucho más allá de Argentina que vivimos en toda la región y también en México, es el modo en que se pensó el sistema de frenos y contrapesos. El sistema de frenos y contrapesos, tal como se había concebido originalmente, era lo que proponían los liberales norteamericanos en su constitución. Un sistema donde todas las ramas del poder están equilibradas, ese es el sistema, la esencia del sistema de *checks and balances* y todas las constituciones latinoamericanas (que en parte copiaron al modelo norteamericano) reproducen esta idea. Los conservadores otra vez no estaban de acuerdo con eso porque no querían un sistema de equilibrio, sino que querían recuperar la vieja idea del monarca, del poder ejecutivo fuerte. Entonces lo que terminamos teniendo otra vez, como producto de esa acumulación, es el tipo de sistema que todos los latinoamericanos seguimos teniendo hoy en nuestras constituciones. Por un lado, en una primera capa, el sistema de frenos y contrapesos a la norteamericana y en una segunda capa, un poder ejecutivo fuerte como querían los conservadores. Las dos cosas al mismo tiempo, y ese es otro residuo que seguimos teniendo.

Ese pacto que hicieron liberales y conservadores en el siglo XIX, fue, por un lado, un pacto de élites, pero también un pacto problemático por el modo en que integraron sus distintas propuestas. Es una primera herencia problemática, un primer legado difícil que nos dejaron nuestros antepasados y que todavía hoy seguimos teniendo y que no hemos modificado. Sobre eso volveré.

Una segunda idea que también es problemática tiene que ver con lo siguiente (y esto es menos responsabilidad de nuestros antecesores que responsabilidad nuestra): todas las constituciones latinoamericanas se escribieron teniendo en mente una idea de sociedad más ajustada o menos ajustada, una

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

sociología política, una idea de cómo estaba compuesta la sociedad que era muy propia de ese tiempo, muy propia del siglo XIX. Entonces, la idea común desde Madison hasta Alberdi, desde Samper hasta Andrés Bello, la idea era una sociología política simple, una sociedad no muy numerosa, dividida en pocos grupos internamente homogéneos, con personas auto interesadas. O sea, es una idea muy cargada con la cual describían el modo en que se veía la sociedad de ese tiempo. La constitución fue pensada como un traje para una sociedad que era vista de ese modo entonces, por ejemplo, (si entiendo que como entendía nuestros antecesores) la sociedad básicamente está dividida en pocos grupos homogéneos internamente. Por ejemplo, grandes propietarios y artesanos o mercaderes e industriales son pocos grupos y homogéneos internamente.

Si tengo algunos representantes de los grandes propietarios, por ejemplo, en el Senado, ya tengo buena parte de la sociedad representada. El senado en Estados Unidos sigue siendo en buena medida la representación de los millonarios. Bueno, si yo tengo esa idea de que la sociedad en parte se compone con los grandes propietarios, la idea era el senado como la cámara de los Lores en Inglaterra puede ser la representación de los grandes terratenientes. Y luego, la cámara baja representa los sectores más bajos. Y entonces, como también esos sectores tienen un interés común, ya tengo con eso casi toda la sociedad representada.

El punto es que si hay algún dato que describe en nuestras sociedades hoy es una sociología política completamente opuesta a la idea que nuestros antecesores tenían, porque ellos podían tener a lo mejor una buena descripción de lo que veía frente a ellos: una sociedad pequeña con pocos grupos divididos, digamos internamente de modo muy homogéneo. Hoy el dato es el dato del multiculturalismo, el dato de la pluralidad, el dato de la diversidad, el dato de la heterogeneidad, en ese sentido la sociedad ha cambiado al infinito no solamente porque es mucho más numerosa, que sería lo más obvio, sino que además está dividida en infinitos grupos que son internamente heterogéneos y en donde cada persona es mil cosas. Hoy no es posible decir: “usted es un obrero y si vemos un obrero en el congreso o diez obreros en el congreso, la clase obrera ya está presente y están representados los intereses de un tercio de la población”. En absoluto, uno puede ser obrero y estar a favor de las

armas y en contra del aborto y a favor de la tenencia estupefaciente. Puede ser mil cosas y no se define una persona por un rasgo.

En ese sentido, la sociología política con que hoy nos encontramos es espectacularmente distinta de la que nuestros padres fundadores tenían en mente. No sé si es complicado o sea entendible pero el punto básicamente lo que quiere decir es se pensó un traje constitucional para un cuerpo, para una sociedad que ya no está más y que no vuelve nunca más y seguimos teniendo el mismo traje constitucional para un cuerpo que cambió definitivamente. Es como si nos hubieran vestido a los cuatro años con un traje muy bonito y ahora con el cuerpo de adulto de cincuenta o sesenta años, entonces nos tratan de estirar la manga y agregar dos botones. El cuerpo cambió al infinito, es imposible pensar que el viejo traje constitucional que tal vez se ajustó al cuerpo de una sociedad de hace 200 años siga sirviendo a una sociedad como la de hoy.

En términos de la sociología política, la constitución obviamente que no puede servir más para un cuerpo que cambió al infinito y aquí yo creo que hay para guion y esto no es un problema solamente latinoamericano es un problema que vemos también en la constitución norteamericana o en muchas constituciones europeas. La estructura institucional en todo el mundo, en todas las democracias occidentales, sigue siendo básicamente la misma cuando el cuerpo social ha cambiado completamente. Entonces no ha habido, como diría mi maestro *Adam Przeworski*, imaginación constitucional mínima para decir “bueno digamos, no puede seguir pensándose que las viejas instituciones van a seguir sirviendo para un cuerpo que cambió tanto”. Si uno piensa qué grandes innovaciones trajo el Constitucionalismo, en los últimos años, el Ombudsman diría Jesús, el consejo de la Magistratura, nada prácticamente nada. O sea, no ha habido imaginación constitucional para sociedades que han cambiado por completo. Eso es obviamente parte de un problema que no es solamente un problema latinoamericano, pero es un problema que todos compartimos. Tenemos una estructura constitucional en el sentido que sigue mirando una sociedad que desapareció y que no vuelve nunca más.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Hay pequeñas anécdotas o pequeño corolario de lo dicho. Y eso, para entender alguna repercusión o alguna derivación posibles de este problema, para entender dificultades de políticas de hoy, la idea de representar a toda la sociedad que hace 200 años era una idea difícil de concretar, pero concebible. Otra vez, si pongo aquí algunos grandes propietarios y aquí algunos granjeros y demás, bueno, más o menos, tengo a todo el mundo representado. Eso es concebible. Entonces hay algo que vemos hoy como crisis de representación, que se da en todo el mundo, que tiene mil razones culturales, razones económicas, razones de desigualdad, pero también tiene una razón institucional y es que la sociedad cambió radicalmente y los instrumentos de representación siguen siendo los mismos.

Hoy, entonces, hay algo de la crisis de representación y el cansancio que muestra la ciudadanía hacia sus representantes y es que no se debe exclusivamente a que, de mala suerte, de casualidad, por azar, nos tocó una clase representativa en todo el mundo muy corrupta y mala. Puede ser que eso sea cierto, pero tiene algo que ver mucho más profundo y es la incapacidad estructural de nuestras instituciones para representar la diversidad. Hoy, aún si funcionarían a pleno nuestros congresos, aún si todos los miembros del congreso fueran honestos y anti corruptos, la sociedad no estaría representada porque es imposible la representación de esa diversidad con los viejos instrumentos. Entonces hay una dificultad radical estructural de representación que nunca más se va a sanar si seguimos insistiendo con el viejo traje. Podemos estirar un poco la manga, podemos agregarle un botón, pero el viejo traje no sirve más. ¿Eso quiere decir que tenemos que tirarlo por la ventana? No, pero no puede ser que sigamos insistiendo que este traje va a servir para cubrir las necesidades y aspiraciones, entender y procesar los distintos intereses que hay en sociedad.

El tercer problema y último que mencionaría de esta etapa (después paso a una etapa más contemporánea) es que, si antes había hablado de la de la sociología política de la Constitución que quedó estancada en el tiempo, diría hay otro problema tal vez más serio y que tiene que ver con lo que yo llamaría una “filosofía política” que alimentó, que explicó, que vino a justificar la constitución que se escribía y es una filosofía política que hoy repudiamos. Pequeñas anécdotas al

respecto: la Constitución norteamericana fue hecha para una Asamblea que no estaba convocada a ese efecto y fue una asamblea que funcionó a puertas cerradas y cuyo contenido de lo discutido en la Asamblea no se pudo conocer hasta de veinte años después que se liberaran las notas de lo que se había discutido allá adentro. Esto no es un alegato en contra de nuestros padres fundadores, eran obviamente testimonios muy inteligentes muchos de ellos, pero también testimonios de un elitismo atroz de un principio de desconfianza democrática. O sea, todos los grandes intelectuales del siglo XVIII, quienes más quien menos eran intelectuales, mostraban una profunda desconfianza hacia la ciudadanía, explicable o entendible en una época en que muy poca parte de la población estaba educada. Donde había mucha brutalidad en todo sentido.

Pero lo cierto es que esa filosofía política es una filosofía política que también estuvo presente todo a lo largo de la región, yo diría inclusive en el caso de México en 1857. Mucha gente muy interesante y muchos testimonios: José Ignacio Ramírez, Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo, muchísima gente que pensó bien. Pero el hilo conductor la filosofía política que condujo a todo el pensamiento constitucional en el siglo XIX latinoamericano fue también como como había sido en Estados Unidos, un pensamiento constitucional muy elitista basado en una filosofía política seguida de la desconfianza democrática, de la idea de una hostilidad a la intervención ciudadana en política. Por buenas o malas razones, pero tienen que ver eso con una filosofía política que hoy cuando la leemos, por ejemplo, muchos de los debates constitucionales en Perú, Bartolomé Herrera, Samper en Colombia, o Alberdi en Argentina Alberdi, que fue el gran padre del constitucionalismo argentino, yo creo que una persona genial pero en sus escritos más fundamentales, no en el escrito marginales, era muy claro que los derechos políticos no tenían que abrirse, que eso podía quedar para mucho más adelante. Alberdi decía que es el momento de las libertades económicas, de derechos políticos ni hablar porque la gente no está preparada.

Ahora uno puede decir “bueno, finalmente a mí no me importa esa retórica porque ya pasó tanto tiempo, ya me olvidé, ya no nos sentimos ni siquiera agraviados por eso, pasemos de hoja”, sí pasamos de hoja, pero hay un problema y

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

es que esa retórica se incrustó en instituciones. Esa retórica quedó reflejada en instituciones. Un caso tal vez más evidente, no porque tenga un problema especial con esa parte del gobierno, pero el poder judicial está organizado bajo la idea de que tenemos que delegar en un órgano, que no sea el mismo que toma las decisiones, la validez de esas decisiones. Está basado en una idea fundamentalmente elitista, la ciudadanía no está en condiciones de pensar sobre imparcialidad, sobre justicia, sobre racionalidad. Es una ciudadanía que tiende a actuar irracionalmente y por lo tanto necesitamos que un organismo compuesto por poca gente de los sectores más altos de la sociedad haga esa reflexión para la cual la sociedad no está bien preparada. Quiero decir, el fundamento último de nuestras instituciones, típicamente en el ámbito judicial pero también en el ámbito político, tiene que ver con un fundamento con una filosofía política elitista. Una filosofía política de desconfianza democrática.

Entonces el legado que nos deja el siglo XIX es el de un constitucionalismo que tiene interés. Hubo mucha riqueza, hubo extraordinarios pensadores constitucionales latinoamericanos, en México por montones, se escribía como en pocos lados. Pero también es cierto que el Constitucionalismo que se escribió en el siglo XIX (y que yo diría, marcó para siempre, hasta hoy, la organización del poder también fue escrito a partir de supuestos muy discutibles tanto en el modo en que pactaron liberales y conservadores acumulando, como en el tipo de sociología política que estuvo allí presente como en el tipo de filosofía política que marcó a los que escribieron nuestras constituciones). Y el legado que recibimos del siglo XIX en materia de organización del poder, es un legado complejo del cual nos tenemos que hacer cargo. Y no puede ser que sigamos tomando ese legado sin beneficio de inventario, sin una aproximación crítica a ese modelo.

Del siglo XIX pasamos al siglo XX que es el otro gran momento del desarrollo constitucional en la región y es el que se concentra sobre todo en la expansión de la lista de los derechos. Bueno, otra vez y tal vez aquí con más énfasis, el aporte que hace el constitucionalismo latinoamericano al constitucionalismo mundial en ese tiempo (comienzo del siglo XX) es extraordinario. En particular, no por demagogia, digamos que, sin duda, el constitucionalismo mexicano en 1917

y la creación del constitucionalismo social es un aporte impresionante al constitucionalismo mundial y es algo de lo cual claramente nos podemos sentir orgullosos. Se pueden sentir especialmente orgullosos los mexicanos sin ninguna duda, pero otra vez ahí hay algo muy interesante y hay algo que también es muy problemático y es importante ver las dos caras de lo que empezó a hacerse de ese momento. Lo que se empezó a hacer, yo creo, es que se empezó a escribir una larga lista de derechos que, otra vez, es motivo de orgullo mundial. Pero también se empezó a hacer de un modo muy peculiar y un rasgo que a mí me interesó marcar en este libro, en la sala de máquinas, tenía que ver precisamente con ese punto y es que empezamos desde entonces a expandir además nuestra lista de derechos para incorporar de un modo que es bastante razonable: derechos económicos, sociales, culturales, multiculturales, derechos humanos, derechos de todo tipo de derechos de tercera generación, de cuarta generación, derechos ambientales, derecho de todo tipo.

Y posiblemente eso está muy bien, pero lo hemos hecho manteniendo intocada la organización del poder. Esto es; hemos empezado a producir desde entonces hasta hoy una modificación excepcional que básicamente lo que implica es expandir más y más los derechos de un modo, a veces exagerado, pero en líneas generales bien orientado. Pero sin modificar de modo acorde la organización del poder. Y uno puede decir “bueno, profesor, no sea tan exigente, no sea tan molesto, bastante el aporte que estamos haciendo, bastante el compromiso que hacemos expandiendo de ese modo, siendo campeones mundiales, teniendo la prioridad mundial en materia de expansión de arista de los derechos”. Es cierto, es un aporte muy importante, pero por lo que no se hizo, o sea, el no haber ajustado de manera acorde la organización del poder, ahora estamos en condiciones de precisar mejor qué es lo que significa. Eso significa, a la luz de lo que acabamos de discutir, que lo que se mantiene intocado es ese terriblemente problemático pacto liberal-conservador, el pacto elitista propio del siglo XIX, esto es lo que se mantiene intocado de la filosofía política elitista o de desconfianza democrática propia del siglo XIX.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Y eso tiene que ver, por lo que decíamos de cómo combinaban sus pretensiones liberales y conservadores, por ejemplo, con la preservación de un ejecutivo extraordinariamente fuerte, esto es que entonces lo que empezamos a reafirmar de una y otra vez una y otra vez desde México 1917. Fue algo extraordinario, una constitución con una lista de derechos sociales muy expandida pero también y al mismo tiempo, una lista de derechos que queda demasiado dependiente de la voluntad de un poder concentrado. Si uno lee los discursos de Venustiano Carranza en esa época inaugurando las sesiones del congreso constituyente es muy claro. Y Carranza, de modo muy lúcido y también muy auto interesado, él deja muy en claro lo que dije (en otros términos) pero básicamente el mensaje es “pueden ahora modificar todos los derechos sociales que quieran, incluir todos los derechos que quieran, pero ni se les ocurra tocar la organización del poder ni se les ocurra limitar mis poderes, mis capacidades de intervención militar o mis capacidades coercitivas”. Porque las sociedades latinoamericanas son sociedades que necesitan orden y por tanto necesitan una mano fuerte.

Entonces el mensaje del constitucionalismo latinoamericano que empieza a rodar en 1917 es un mensaje que tiene esa doble cara: la cara extraordinaria de los derechos sociales expandidos o de la lista de los derechos expandida y la cara preocupante de haber mantenido intocado el viejo constitucionalismo. Es la sala de máquinas con la puerta bien cerrada que se mantiene bajo llave ante la vieja organización del poder, del poder concentrado, del poder de la desconfianza democrática. Esa es la doble cara del constitucionalismo latinoamericano que se empieza a filmar desde entonces.

Y entonces, cuando se habla a fin del siglo XX, con el chavismo, con Correa, con tantas experiencias conocidas del nuevo Constitucionalismo latinoamericano, lo cierto es que es un nuevo constitucionalismo latinoamericano que es demasiado viejo porque es un constitucionalismo que repite la misma clave que habíamos venido insistiendo durante todo el siglo. Y esto es como si se subiera la temperatura de la lista de los derechos, más derechos todavía, bienvenidos. Pero al mismo tiempo se mantiene la sala de máquinas.

El nuevo constitucionalismo de fin del siglo XX en América latina es el viejo constitucionalismo de 1850, 1950. O sea, es una nueva versión del viejo Constitucionalismo latinoamericano. Es más, de lo viejo. Y el problema otra vez no es de lo viejo, no es que “ah bueno las tradiciones hay que echarlas todas por la borda”. No. El problema es que al no haber modificado de manera acorde la organización del poder, el riesgo que tomamos es muy alto porque ponemos en peligro la misma parte extraordinaria de la constitución que estamos reformando, que es la que tiene que ver con los derechos. Porque los derechos empiezan a ser dependientes como han sido siempre, dependientes de cómo está organizado el poder. Y si los derechos están en nuestras manos, en las manos de la ciudadanía, se puede decir “bueno, hay razones para que nosotros mismos que nos hemos concedido o nos hemos reconocido esos derechos, nos hagamos cargo de esos derechos y los llevemos adelante”. Ahora, sí el que prende el motor, quien enciende la máquina, es alguien que no soy yo, entonces el derecho empieza a depender no de mí, no de nosotros, sino de la buena voluntad del presidente de turno. Entonces los derechos empiezan a aparecer como privilegios.

Entonces no es simplemente que uno dice “bueno, profesor, pero qué exigente, por qué digamos ya hicimos una modificación extraordinaria en la parte de los derechos, ya se verá cuando nos toque reformar la otra parte. No es imprescindible modificar de modo acorde la parte de la organización del poder para poderla poner al servicio del tipo de derechos que tenemos”. Para decirlo metafóricamente de modo brutal), frente al comienzo del siglo XX, con el nacimiento de la clase obrera, es como si hubiéramos abierto una ventana de la Constitución a la clase obrera y la incorporamos a través de la lista de los derechos. Entonces, como en el Constitucionalismo mexicano reconocemos derechos laborales increíbles en la lista de los derechos, pero mantenemos las puertas cerradas de la sala de máquinas a la organización sindical o a la organización de los trabajadores o a los trabajadores autoorganizados.

En este sentido, el derecho latinoamericano no se ha democratizado. El derecho latinoamericano sigue estando montado sobre una idea de la democracia muy restringida. Y en este sentido, se acuerdan de que comenzamos hablando sobre

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

la relación de tensión entre constitucionalismo y democracia, bueno lo cierto es que nuestra organización constitucional sigue estando hoy parada sobre una idea de la democracia muy restringida. Y este no es un problema meramente teórico, este es un problema que hace comprensible, que hace entendible, porque hay este nivel de enojo que vemos en todas las sociedades. Mi país está por celebrar una elección en donde posiblemente gane el Trump latinoamericano. Y eso no es una locura propia de los argentinos o propia de los norteamericanos o propia de los que eligieron a Bolsonaro o propia de los que eligieron en Hungría a Orbán. Es propio de una sociedad enojada que no encuentra mecanismos para conversar, no encuentra el mecanismo para influir, no encuentra, el mecanismo para controlar al poder. Y entonces, en las pocas oportunidades que tiene para expresarse, quiere romper todo porque está muy enojada. Y eso, otra vez, tiene explicaciones sociales, tiene explicaciones económicas, tiene explicaciones de la desigualdad, tiene explicaciones en la miseria y en la pobreza, pero también tiene causas institucionales. Nuestras instituciones no son hospitalarias a la conversación democrática, nuestras instituciones han crecido dándole la espalda a la conversación democrática.

Entonces, yo querría empezar a concluir mi presentación y abrir un espacio para para que conversemos digamos y subrayando esta mirada, al mismo tiempo interesada, comprometida, con el constitucionalismo, pero al mismo tiempo crítica. Y convencidamente crítica, por razones críticas, por entender que el Constitucionalismo no ha dado todo lo que podía dar para ayudar a revigorizar la democracia, a revitalizar la democracia. Por el contrario, yo diría que el Constitucionalismo ha colapsado a la democracia. El Constitucionalismo ha terminado reduciendo la democracia a las meras elecciones periódicas. Hoy por hoy la participación democrática es entendido, tanto desde la izquierda política como de la derecha política, básicamente como “intervenga en las elecciones”. Entonces el conservador piensa “ah bueno, que haya la menor intervención cívica posible” y entonces digamos que la democracia se limita a lo que usted diga de cada dos años a cada cuatro años cuando vota. Y la izquierda, que quiere más democracia, dice lo mismo, simplemente que pidiendo más elecciones como ocurre hoy en este propio

país, en este propio momento cuando el propio presidente entiende que la manera de democratizar al poder judicial es elegir a los jueces y es la vieja idea antigua de democracia reducida a elecciones.

Entonces uno podría decir desde una visión de la democracia como conversación, es lo contrario. Cuando nosotros decimos “conversación democrática”, lo importante de la democracia es lo que pasa entre elección y elección. Es el poder que nos queda como ciudadanos entre elección y elección. No es participar democráticamente intervenir en una elección. Y participar más, intervenir en más elecciones, eso no es democracia. Porque yo, mañana, después de votar a un político o a un juez, ¿qué posibilidades tengo de intervenir en política institucionalmente? Nada, cero, no puedo hacer nada, no hay un instrumento institucional que yo puedo usar para reivindicar mi derecho al autogobierno. Entonces lo que pasa en nuestros países entre elección y elección es: nada. El ciudadano que ha quedado desnudo de instrumentos institucionales, en ese sentido tanto de la izquierda política como la derecha política, siguen siendo afines a una idea más que minimalista de democracia y reducida solamente a elecciones periódicas. El ciudadano queda condenado exclusivamente a intervenir dando su voto. Y por eso, cuando el ciudadano ve que no puede hacer nada, usa el voto para que explote todo, porque está enojado y porque entiende que pasado mañana o mañana mismo, cuando termine la elección, lo que puede hacer es nada.

Entonces las instituciones son en parte responsables del tipo de problema que se está creando. Y es un problema de naturaleza democrática. Conversar democráticamente es muy distinto que votar, conversar democráticamente es muy distinto que plebiscitar. Cuando en Chile, por ejemplo, se hace un plebiscito constitucional y el ciudadano queda obligado a decir sí o no a una constitución de 400 artículos, el ciudadano es insultado en términos democráticos. No es un modo de honrar el compromiso democrático con la ciudadanía. ¿por qué? porque el ciudadano tiene todo el derecho del mundo si es que se le da la gana de decir el artículo uno está muy bien, el 2 está más o menos, el 13 está mal, el 4 debería haber sido este otro. En cambio, no puedo decir nada, yo tengo que votar sí o no a un paquete cerrado respecto al cual no puedo poner un solo matiz. Entonces

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

conversación democrática no tiene nada que ver con la idea minimalista que hoy prima tanto en la izquierda como en la derecha, que es democracia como reducida a elección.

Es posible (y termino con esto) pensar en un horizonte distinto. O sea, no me corresponde a mí venir con la fórmula y decir “aquí está el recetario de lo que hay que hacer”. Así, lo que veo son dos señales que uno puede ver en el Constitucionalismo democrático contemporáneo. El primero es que hay una conciencia extendida de que hay un problema democrático, eso es una buena noticia: hay un reconocimiento de que los instrumentos están fallando, hay un reconocimiento de que se ha ido vaciando de a poco la democracia, hay un reconocimiento de que hay angustia democrática, hay una ansiedad democrática y un enojo ciudadano que tiene que ver, en parte, con la cuestión. Entonces se han empezado a explorar instituciones en todos lados y en forma de cambio institucional vemos asambleas ciudadanas, audiencias públicas o foros de ciudadanos que piensan reunidos en un momento determinado sobre problema determinado. Se hizo una espectacular asamblea de ciudadanos en Irlanda sobre el aborto, en Argentina mismo se hicieron experiencias de ese tipo, en Chile (en la época de Bachelet) hubo interesantes cabildos constitucionales. O sea, hay cosas en las que se pueden pensar y eso es interesante, esa conciencia extendida de que hay que buscar alternativas (y no alternativas de cualquier tipo, sino alternativas democráticas). Se está haciendo esa búsqueda. La contracara, la mala noticia de eso, es que las viejas instituciones, los viejos poderes, la vieja organización del poder y la vieja dirigencia está bien preparada, está bien capacitada y cuenta con suficientes recursos e instrumentos para bloquear esas iniciativas o para colonizarlas pasado mañana. O sea que cada una de las interesantes herramientas que han ido surgiendo en cada lado, han terminado, hasta hoy, colonizadas. Lo que hoy vivimos entonces es esta situación de disputa, como un final abierto que no sabemos bien cómo va a terminar, aunque podemos tener sospechas. Hay, por un lado, la conciencia de la angustia democrática que es importante, que lleva a la búsqueda. Y es interesante ver que, en los lugares más recónditos, Islandia, por ejemplo, que se está haciendo una búsqueda de alternativas. Y hay alternativas que sé que aparecen y que mucho

ROBERTO GARGARELLA

de lo que antes se señalaba como utopía, son hoy posibilidades que están a la vuelta de las esquinas. Podemos optar por esos caminos o no, pero están a la vuelta de la esquina. Podemos ir por allí otra vez. La contracara de eso es que los viejos poderes están bien preparados para tomar por asalto cada uno de esos cambios, entonces está en nosotros ver cómo sigue la historia.

EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.

"The Bonham's Case in the history of judicial review"

SERGIO A. VILLA

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

RESUMEN

La doctrina constitucional distingue a la sentencia del caso Madison vs Marbury, como el antecedente más importante sobre el judicial review. Sin embargo, mucho tiempo antes de la emisión de esta paradigmática sentencia, la *Court of Common Pleas* pronunció la sentencia del caso del Dr. Bonham. El presente texto tiene por objetivo descifrar los antecedentes del caso Bonham, con la finalidad de explicar la relevancia de este para la conformación de la doctrina sobre el judicial review.

Palabras clave: Judicial review. Bonham. Common law. Control constitucional. Facultades.

ABSTRACT

The constitutional doctrine distinguishes the judgment of the Madison v. Marbury case as the most significant precedent on judicial review. Nevertheless, well before the issuance of this paradigmatic judgment, the Court of Common Pleas ruled on Dr. Bonham's case. This text aims to decipher the antecedents of the Bonham case, intending to explain its significance in shaping the doctrine of judicial review.

Keywords: Judicial review. Bonham. Common law. Constitutional control. Power.

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo tuve la oportunidad de leer la tesis doctoral del profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor titulada: “La acción constitucional de amparo en México y España: estudio de derecho comparado”. Se trata de un importante documento en el que se realiza un recuento de los orígenes del juicio de amparo y una comparativa sobre los elementos que configuran a estos vehículos de protección constitucional en estos dos países. En algún momento, el finado ministro Gudiño Pelayo expresó que este documento “proporciona elementos que auxilian al estudioso del amparo no solo a conocer el amparo español, sino a entender también el amparo mexicano” (Gudiño Pelayo, 2000); una opinión con la que concuerdo plenamente. Una de las cosas que considero relevantes para esto de “entender al amparo mexicano”, es el recuento de antecedentes que realiza el autor, sobre la cualidad de los jueces de controlar aquellos actos emitidos por los soberanos que se apartan del documento o documentos constitucionales en perjuicio de las personas, es decir, esto que hoy en día conocemos como control jurisdiccional de constitucionalidad o *judicial review*.

Precisamente en el recuento realizado por el Dr. Ferrer se cita un antecedente distinto y más remoto que aquel al que comúnmente acudimos cuando buscamos hablar de los orígenes del *judicial review* y que no pierde por ello su importancia: el caso Bonham. Es así, que en esta ocasión me detengo un breve momento para escribir sobre esa decisión¹ que estuvo a cargo de Sir Edward Coke, en la *Court of Common Pleas*, y que se pronunció casi 200 años antes que la paradigmática sentencia *Madison vs Marbury* (1803), buscando poner en manos de usted, estimada

¹ Siendo importante poner en conocimiento de usted, que este artículo se basa en tres documentos: “Selected Writings of Sir Edward Coke” editado por Steve Sheppard; “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la Judicial Review” de Don Francisco Fernández Segado y “Una relectura del Bonham’s Case y de Sir Edward Coke a la creación del judicial review” de Fernando Rey Martínez. Dichos documentos quedan a su disposición en los siguientes enlaces:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/100.pdf>

<https://oll.libertyfund.org/title/shepherd-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i>

<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/696/625>

y

o estimado lector, una breve reseña que aclare los motivos y argumentos en que se sostuvo la sentencia.

I. HECHOS

Thomas Bonham se graduó como médico por la Universidad de Cambridge en 1584. Para 1602 se mudó a Londres, donde ejerció la medicina y se unió a la *Barbers-Surgeons' Company* en lugar de hacerlo al *Royal College of Physicians*. Es relevante señalar que el Colegio Real, por determinación del Rey Enrique VIII, era el encargado de otorgar la autorización para ejercer la medicina en Londres. Además, el Rey les confirió el poder de sancionar a quienes carecieran de esa licencia. Por otro lado, una ley del primer Parlamento de la Reina María también permitió a los dignatarios del Colegio decidir la prisión de los infractores y mantenerlos encarcelados. En ese contexto, Bonham, al no ser parte del Colegio Real, comenzó a llevar a cabo su ejercicio profesional por “autoproclamación”, es decir, prescindió de solicitar la autorización al *Royal College*, pues estaba afiliado a la *Barbers-Surgeon*.

Desde la *Barbers-Surgeon*, Bonham intentó impulsar acciones para buscar un tratamiento igual de sus afiliados, en relación con el que gozaban los miembros del *Royal College of Physicians*. En 1605 formalizó una petición ante el Parlamento para buscar que se le permitiera administrar ayuda médica, pero el Colegio se opuso. Ante tal escenario, Bonham decidió intentar el ingreso al Colegio Real. El 6 de diciembre de 1605 presentó su solicitud y se sujetó al procedimiento correspondiente. En el primero de los intentos, los censores determinaron que sus respuestas no eran plenamente satisfactorias y, por lo tanto, rechazaron su solicitud de ingreso. En abril de 1606, intentó de nueva cuenta ingresar al Colegio, pero en esta ocasión le informaron que sus respuestas no eran pertinentes. Además, al haber constatado que había ejercido la medicina sin autorización, en esta ocasión le impusieron una multa y la prohibición de ejercer la medicina, so pena de que se le impondría un arresto.

Bonham no acató la prohibición y continuó ejerciendo. Al cobrar conocimiento de ello, el Colegio decidió citarlo en múltiples ocasiones sin que acudiera, siendo que finalmente, se ordenó su arresto para hacerlo presente ante los

EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.

dignatarios del Colegio, y se le impuso una nueva multa por 10 libras. Luego de eso, en noviembre de 1606, Bonham se presentó ante el comité de censores, pero no iba solo, ya que se hizo acompañar de un abogado. El presidente le recordó sus reiteradas desobediencias y le preguntó si acudía para repararlas o para examinarse de nuevo, pero Bonham se limitó a manifestar que practicaba la medicina y la iba a seguir practicando sin la autorización del Colegio, pues carecían de competencia sobre quienes se habían graduado en las Universidades. Ante esto, decidieron enviar a Bonham a prisión, ejerciendo los poderes conferidos por el Rey Enrique VII y el Primer Parlamento de la Reina María.

Bonham no estuvo por mucho tiempo en prisión, ya que su abogado presentó en contra de tal decisión un habeas corpus que fue conocido por la *Court of Common Pleas*², que fue resuelto de manera favorable y ordenándose la liberación de Bonham. La decisión tomada en dicho habeas corpus fue relatada por Sir Edward Coke, pero no es esta decisión en la que nos concentraremos.

Tras esta serie de eventos, en 1608 el Colegio decidió entablar una demanda en contra de Bonham, ante el *King's Bench*³, por 12 meses de práctica ilegal, reclamando 5 libras de multa por mes de ejercicio indebido.

Para febrero de 1609, el *King's Bench* emitió su veredicto condenando a Bonham. Tras el fallo, Bonham se negó a pagar dicha multa y fue nuevamente aprisionado por el Colegio.

Pero antes de ser condenado por el *King's Bench*, Bonham promovió como contrataque una demanda en contra del Colegio, exigiendo una indemnización de 100 libras⁴ por abuso contra su persona y por haber sido sujeto de un encarcelamiento injusto o ilegal. La demanda se sostenía en que el Colegio le

² La *Court of Common Pleas* (Corte de causas comunes) era una de las tres cortes reales que imperó en el sistema jurídico inglés. Su jurisdicción era principalmente para casos civiles, especialmente en disputas entre particulares que no involucraban crímenes graves.

³ El *King's Bench* (Corte de la Corona) era una antigua jurisdicción en el sistema legal de Inglaterra y algunos otros países del *Commonwealth*, considerada la más alta jurisdicción del sistema judicial inglés antes de la creación de la Corte Suprema del Reino Unido en 2009. Su jurisdicción se centraba en casos criminales y asuntos de la Corona.

⁴ Esto equivale aproximadamente a \$16,000 dólares actuales.

encarceló tomando la fuerza de las armas, en contra de la ley y la costumbre de Inglaterra. Es precisamente este caso en el cual hemos de concentrarnos.

II. LITIS

Como ya lo mencioné, la demanda se sostenía en el hecho de que el Colegio había tomado atribuciones que no le correspondían en autoridad, para determinar si un médico graduado era o no competente para ejercer; aspectos que traen como consecuencia el argumento de que su encarcelamiento fue arbitrario y constituyó abusos en su persona. Por su parte, el Colegio como demandado, centró su argumentación en el hecho de que las patentes reales le confirieron al Colegio la facultad de autorizar la práctica de la medicina en Londres y en una pequeña área circundante, al tiempo que les conferían la facultad de investigar y sancionar, con multas u órdenes de aprisionamiento, a aquellos que ejercieran la medicina sin el auspicio del Colegio o en contra de sus estatutos. Sobre lo anterior, la defensa de Bonham replicaría que las leyes bajo las cuales el Colegio sostenía sus facultades pretendían impedir el ejercicio de la medicina por impostores, así como la mala práctica, pero, siendo Bonham un graduado de Cambridge, él se encontraba al margen de dichas leyes ya que debía ser considerado como un doctor culto e instruido. Sentada la discusión por las partes en los argumentos que fueron resumidos anteriormente, los miembros de la *Court of Common Pleas* comenzaron la discusión del asunto en torno a la relatoría del caso que estuvo en manos de Sir Edward Coke.

III. DISCUSIÓN DEL ASUNTO

Por aquel entonces, la *Court of Common Pleas* se componía por el chief justice Edward Coke y los jueces Foster, Walmesley, Daniel y Warburton. La relatoría del asunto estuvo a cargo de Coke, que, por cierto, había sido quien falló a favor de Bonham el habeas corpus presentado cuando se decretó su aprisionamiento. La propuesta de decisión que expuso Coke frente a sus pares, consideraba dar la razón a Bonham por dos cuestiones principales, pero primero, Coke determinaría la columna vertebral a partir del entendimiento de las facultades alegadas por el Colegio, conferidas, se insiste, por Enrique VIII y por la mencionada ley del Primer

EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.

Parlamento de la Reina María. Coke, expuso que las facultades invocadas por el Colegio y controvertidas por Bonham, se encontraban en cláusulas diferentes, de modo que eran cuestiones separadas. Coke interpretaría que la primera de ellas, es decir, la posibilidad de imponer sanciones y desplegar labores de vigilancia, se refería concretamente a la práctica “ilícita” de la medicina sin tomar en cuenta si el ejercicio médico era bueno o malo; por otro lado, interpretaría que la segunda facultad, es decir, la de ordenar y mantener a una persona aprisionada se refería a la práctica inadecuada, mala o deficiente. Sentada esa interpretación, Coke expondría dos razones fundamentales para resolver a favor de Bonham. Primero, que los miembros del Colegio carecían de la facultad para encarcelar al demandante por cualquiera de las causas mencionadas ante el Tribunal, ya que la situación expuesta por el demandante no se ajustaba a aquello que Coke interpretaba sobre dichas facultades. Segundo, que suponiendo sin conceder que tuvieran la facultad de imponer el aprisionamiento del modo en que lo hicieron en perjuicio de Bonham, lo anterior se habría llevado a cabo en contra del debido proceso legal.

A partir de lo anterior, Sir Coke y el juez Daniel se inclinaban por dar la razón a Bonham, mientras que Foster y Walmesley opinaban en un sentido diametralmente opuesto a lo señalado por Coke, y desde luego, considerando que no asistía la razón en su demanda a Bonham.

En relación con la postura de los jueces Foster y Walmesley, conviene tener en cuenta que el segundo de los precitados sostuvo en su opinión disidente que la norma que establecía la prohibición de ejercicio de la medicina se encontraba redactada en sentido negativo, y que, por ese motivo, no admitía ninguna otra alternativa, sino que nadie podía oponerse a la autoridad que le fue conferida al Colegio, para resolver sobre la autorización de ejercicio de la medicina. Asimismo, argumentó que la interpretación postulada por Coke diluía la autoridad del Colegio que había sido determinada por la Doctrina Jenkins, que consideraba que el Colegio tenía amplias facultades de control, vigilancia y disciplina, y que tales facultades conferidas por el Rey Enrique VIII, eran contundentes e incuestionables. Probablemente Foster coincidía con la esencia de los argumentos de Walmesley.

Por otro lado, la intención de voto que se encontraba en el aire era la del juez Warburton, quien anteriormente había mostrado una intención de hacerlo en beneficio del Colegio, pero tras conocer los argumentos en que se fundamentaba Coke, se terminaría decantando por fallar en beneficio de la demanda de Bonham al considerar excesivo el ejercicio de la facultad de aprisionamiento en el caso particular de Bonham.

De esa manera fue que se encontraron en choque los puntos de vista en la discusión del caso, pero finalmente, salió adelante la resolución expuesta por Sir Coke por una apretada votación de 3 a 2.

IV. DECISIÓN

Una vez que se discutió el asunto y finalmente se constituyó el fallo de este caso, se ordenó poner en libertad a Bonham⁵ y se condenó al Colegio a pagar en su beneficio la cantidad de 40 libras. Cabe señalar que en la arena política esta decisión fue un cisma puesto que era contraria a lo decidido por el *King's Bench*, es decir, una especie de choque de trenes⁶, al tiempo que constituía un nuevo entendimiento sobre las facultades del Colegio que habían sido estudiadas anteriormente por la propia *Court of Common Pleas*⁷. Así, con la mayoría indicada, la Corte sostendría su decisión con base en los siguientes argumentos: **a)** La segunda cláusula del estatuto⁸ se consideraba independiente de la primera⁹, y la sanción por violarla no estaba especificada, dejando al Colegio la autoridad para determinar castigos según la gravedad de la infracción, lo que refleja el principio de proporcionalidad en la argumentación de Coke; **b)** que aquellos que practican la medicina de manera inadecuada causan daño físico a los pacientes y, por lo tanto, merecen ser castigados

⁵ Quien fue aprisionado en algún momento luego de que el *King's Bench* falló en contra de Bonham, pero en el caso que fue presentado por el Colegio, y hasta el momento en que la *Court of Common Pleas* emitió su veredicto.

⁶ Figura ampliamente discutida en el sistema jurídico colombiano, y que se manifiesta cuando dos altas Cortes o dos poderes del Estado se ven enfrentados entre sí por sus visiones sobre temas específicos que son opuestas.

⁷ En la conocida Doctrina Jenkins.

⁸ Ordenar y mantener un aprisionamiento por mala praxis.

⁹ Sancionar la práctica ilícita.

EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.

con prisión, mientras que quienes practican la medicina de manera competente, aunque sin licencia, no causan daño físico y no deben ser castigados de la misma manera; c) que la primera cláusula establece un plazo de un mes para practicar medicina en Londres o sus alrededores, mientras que la segunda cláusula no especifica ningún límite de tiempo, y si alguien ejerce la medicina de manera inadecuada, incluso por menos de un mes, puede ser castigado según Coke. Esto se debe a que algunas personas, como nobles y caballeros, viajaban a Londres desde otras partes y requerían los servicios de sus propios médicos de confianza que usualmente eran de sus ciudades de origen, de modo que la ley no pretendía prohibir a nadie que consultara a su propio médico en tales circunstancias; d) que los procedimientos llevados a cabo por el Colegio, en perjuicio de Bonham, no podía ser considerados como medios para un resultado justo, ya que los censores del Colegio no pueden desempeñar los roles de jueces, secretarios y partes en un caso. Esto se debe a que nadie debe actuar como juez en su propio caso, y es injusto que alguien sea juez de su propia propiedad. Además, una persona no puede ser juez y abogado de cualquiera de las partes. La idea subyacente es que debe haber al menos tres personas distintas en un caso judicial: el demandante, el demandado y el juez, para que se pueda llegar a una sentencia justa. Asimismo, Coke señalaría que esa noción de separación de roles en el proceso judicial había sido aceptada durante mucho tiempo en la tradición legal inglesa; y finalmente, e) que, si las dos cláusulas de las cartas patentes no fueran distintas, un médico que ejerciera sin licencia y de manera inadecuada sería castigado dos veces por la misma falta: una vez por la primera cláusula y otra vez por la segunda cláusula. Esto llevaría a la absurda situación en la que una persona podría ser castigada múltiples veces por una sola falta, siendo esto inconsistente tanto por la doctrina divina, como por el derecho, pues ambas establecen que nadie debe ser castigado dos veces por un delito.

De las cuestiones señaladas anteriormente, se puede considerar que es en el inciso d), en aquel que descansa el antecedente del judicial review, puesto que en la decisión se expondrían argumentos tales, como que esa noción de un proceso que llegue a una sentencia justa, es decir, la necesidad de que exista una separación de roles, era ampliamente aceptada por el *Common Law*, de modo que se volvía

necesario ponderarla frente a una ley del parlamento, es decir, que tal consideración de un proceso justo del *Common Law* debía controlar a la ley del parlamento, “pues cuando una ley es contraria al derecho y razón común, o cuando es abiertamente contradictoria, o imposible de ser cumplida, el Common Law debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula”¹⁰. Y ya que el Colegio actuó por iniciativa propia, desahogando ante sí el procedimiento, decidiendo la suerte de las partes incluido el propio Colegio y beneficiándose de las resultas de la decisión (las multas), entonces la facultad del Colegio conferida por las leyes era claramente contraria al *Common Law*, ergo, las disposiciones podrían ser declaradas nulas.

V. CONCLUSIONES

Espero que este breve relato del caso Bonham pueda ser de utilidad para quienes acuden a su consulta. Lo digo con justas razones, pues una vez que me percaté de la existencia del caso, me di a la tarea de consultar diversos materiales para entender la decisión y comprender los motivos del porqué se le distingue como antecedente del judicial review, pero me encontré con textos bastante extensos y confusos. Debemos recordar que el contexto del conflicto Bonham se integra por cuando menos 3 casos, que de alguna forma interactúan entre sí, de modo que algunas de las reseñas existentes sobre esta decisión, al realizar la narrativa y explicación de los pasos de Bonham, generan confusiones, de modo que traté de elaborar este documento para evitar precisamente eso.

En cuanto a la relevancia del caso como antecedente del judicial review, las opiniones de los doctrinistas difieren. Algunos sostienen que la decisión de Coke no ejemplifica de manera contundente el judicial review, mientras que otros la elogian y señalan que en el párrafo (...)“and it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason , or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void” (...) (Coke, 1610/2003) se manifiesta tal cual, la ponderación del *Common Law* para controlar una Ley de Parlamento,

¹⁰ Lo anterior es una traducción del párrafo de la sentencia que será citado infra.

EL CASO BONHAM EN LA HISTORIA DEL JUDICIAL REVIEW.

que es frontalmente opuesta a la comprensión de juicio justo que era tradicionalmente aceptada en las jurisdicciones del derecho inglés de aquellos tiempos.

En mi conclusión, desde luego que Sir Edward Coke pronunció una histórica decisión que explica esa cualidad de los jueces para buscar que determinadas categorías de derecho que se pueden considerar “superiores”, dada su naturaleza estructural y sus objetivos de resguardar un orden justo, prevalezcan frente a los actos que emiten entidades del propio poder público, pues no todo el derecho puede ser considerado razonable y justo por el simple hecho de provenir de la entidad que se encarga de crearlo formalmente.

REFERENCIAS

- Coke, S. E. (1610/2003). *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke* (Vol. 1). (S. Shepherd, Ed.) Indianapolis. Pág. 838.
- Gudiño Pelayo, J. d. (22 de mayo de 2000). Palabras del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo para la presentación de la obra *La acción constitucional de amparo en México y España*, estudio de derecho comparado. Ciudad de México.

30 AÑOS DEL MOVIMIENTO ZAPATISTA: DESAFÍOS A LA IMPOSICIÓN CULTURAL DE LAS PRÁCTICAS PUNITIVAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

*30 years of Zapatista movement: challenges to the cultural imposition of
punitive practices in indigenous communities.*

GABRIEL SOTOMAYOR RIVERA*
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

JUAN PABLO CARBAJAL-CAMBEROS**
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

RESUMEN

Los estudios sobre el impacto del colonialismo e imperialismo en la identidad de las comunidades indígenas se han centrado en aspectos como la educación, la lengua o la organización política. Sin embargo, ha habido un análisis mínimo de los efectos de estos procesos en las instituciones de castigo y la justicia indígena. Este artículo tiene como objetivo ofrecer una nueva perspectiva sobre la identidad de las comunidades zapatistas de Chiapas, México. Basado en el enjuiciamiento y castigo del teniente Absalón Castellanos Domínguez en 1994. La metodología empleada se fundamenta en un estudio de caso a través de comunicados del Comité Clandestino Revolucionario Indígena-Comandancia General (CCRI), específicamente aquellos relacionados con el juicio de Absalón. Para su interpretación se recurre a la propuesta de Garland (1999), que concibe el castigo como un “artefacto social”. Los resultados muestran que el castigo

* Estudiante del programa de doctorado en Artes y Humanidades de la Universidad de Cádiz, líneas de investigación “Filosofía, democracia e identidades”. Email: Gabriel.sotomayorrivera@alum.uca.es

** Estudiante del programa de doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Email: juanpablo.carbajal@alumnos.uc3m.es. <https://orcid.org/0000-0002-6410-5747>.

es una institución compleja que refleja los códigos culturales de una sociedad, pero que, al mismo tiempo, tiene la capacidad de influir en su evolución.

Palabras Clave: *Zapatistas, Autonomía, Población indígena, Castigo, Administración de justicia, Sanción penal*

ABSTRACT

Studies on the impact of colonialism and imperialism on the identity of indigenous communities have primarily focused on aspects such as education, language, and political organization. However, there has been minimal analysis of the effects of these processes on the institutions of punishment and indigenous justice. This article aims to offer a new perspective on the identity of Zapatista communities in Chiapas, Mexico, based on the prosecution and punishment of Absalón Castellanos Domínguez, a lieutenant in 1994. The methodology centers on a “case study” through statements from the 'Comité Clandestino Revolucionario Indígena Comandancia-General' (CCRI), especially those related to the trial of Absalón. The proposal of Garland (1999) that conceives the punishment as a 'social artifact' serves as the basis for interpreting the statements. The results demonstrate that the punishment is a complex institution that reflects cultural codes in a particular society but can also influence its evolution.

Keywords: *Zapatistas, Autonomy, Indigenous population, Punishment, Administration of justice, Penalty Sanction*

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la investigación científica contemporánea ha subestimado el estudio de las prácticas de castigo. En muchas ocasiones, como señala Brown (2016), han sido erróneamente reducidas al discurso político y mediático de “no prisión” o “liberación”, ignorando su complejidad intrínseca. Sin embargo, un análisis minucioso revela la presencia de sistemas de castigo profundamente arraigados en la cultura de ciertas comunidades. Por ejemplo, Núñez (2018) destaca la relevancia de elementos como la “vergüenza” en las leyes mayas de diversas comunidades en Guatemala, donde emplean castigos como el azote público,

conocido como *xik'a'y*. Estas prácticas, lejos de ser simples tecnologías de castigo, reflejan sistemas complejos de valores donde el castigo desempeña un rol determinante en la generación de cultura.

Los operadores jurídicos se han enfrentado a dos desafíos fundamentales. En primer lugar, al reto de armonizar los ordenamientos jurídicos estatales con los derechos a la libre determinación y autonomía de los pueblos originarios (Chimbo-Villacorte, 2016; Uñong & Salazar, 2022). Esto implica definir la naturaleza jurídica de los sistemas normativos de estas comunidades, que, como señala Cunneen (2018), han sido etiquetados desde una perspectiva imperialista como *consuetudinarios* (p.3). El segundo desafío, inherente a la filosofía, consiste en evaluar la coherencia de estas formas de castigo con los derechos humanos. La diversidad de respuesta a estos desafíos, ejemplificada por casos como la Sentencia de la (Corte Constitucional de Colombia, 1997, T-523/97) sobre el famoso castigo del fueite y la Sentencia de la (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, N.º 0731-10-EP), revela la complejidad de la intersección entre el derecho estatal y los derechos de los pueblos indígenas.

Ante esta visible tensión el pluralismo jurídico es esencial para comprender el derecho indígena. La noción de que el Estado no es la única fuente del derecho no es una discusión nueva; esta constante tensión ha logrado una ampliación de nuestro concepto de derecho, como señala Santos (2009), con el fin de abarcar las complejas dinámicas sociojurídicas en diferentes momentos y lugares (p.52). El pluralismo nace de la crítica a la herencia colonial jurídica europea, que implica la creencia de que el Estado-Nación demanda intrínsecamente una homogeneidad de la sociedad, territorios y diferencias sociales. Sin embargo, esto no ha evitado la existencia de casos donde coexisten instituciones paralelas a las “oficiales”. Según Correas (1997) Esto tampoco es nuevo, ya que no siempre ha existido un sistema normativo único para un espacio determinado; por el contrario, siempre han existido varios, incluidos aquellos relacionados con la aplicación del castigo (p.92).

Por su parte, en México la legislación no protege a las comunidades indígenas de gestionar sus instituciones de justicia y administrar sus castigos en un contexto de gobierno autónomo. A pesar de que *La Declaración de las Naciones*

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas, 2007) y el Convenio 169 de la (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1989) han sido destacados como hitos significativos en la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas, como advierte (Fernández, 2012, p.38), en la práctica, no brindan una protección significativa a formas no oficiales de administración de justicia. Esto subraya la importancia de examinar el castigo y sus repercusiones en la identidad de las comunidades indígenas, especialmente en un contexto donde la autonomía en asuntos judiciales ha sido ignorada o no ha sido concedida por el sistema legal.

En todo caso, las instituciones y prácticas de castigo no solo plantean dificultades para las ciencias jurídicas, sino también para la teoría social. Esta, desde distintos postulados, métodos y enfoques debe ofrecer una respuesta satisfactoria acerca del papel que desempeñan las instituciones de castigo en las comunidades indígenas y las consecuencias que derivan de su confiscación por las formas de castigo estatales u oficiales. No obstante, la continua tensión entre los derechos culturales y los derechos humanos ha representado un obstáculo significativo para abordar de manera más pertinente la cuestión del castigo.

Autores como el sociólogo inglés Garland sostienen, desde la “sociología del castigo”, la necesidad de restituir al castigo su papel central en el estudio de la identidad cultural de las sociedades (1999, p. 26). Garland también proporciona un marco teórico y diferentes enfoques para abordar las prácticas punitivas desde una óptica más amplia que la del control del delito. A diferencia de la criminología, la sociología del castigo de Garland no persigue determinar la racionalidad y funcionamiento de las instituciones de castigo, sino establecer su papel dentro del conjunto de formas culturales de una sociedad (Garland, 1999, pp. 14, 25). Sin embargo, este enfoque apenas ha sido explorado por autores como Macana Gutiérrez (2021) en el contexto de Colombia y los delitos sexuales. En este sentido, el movimiento indígena en México se presenta como el terreno idóneo para explorar el enfoque de Garland.

El levantamiento indígena en Chiapas tiene sus raíces en una marcada desigualdad y explotación de su territorio. Según los propios zapatistas, la región

padece explotación y saqueo por parte de diferentes industrias y entidades, como empresas petroleras, ganaderas, agroindustriales y financieras. Los insurgentes detallaron extensamente cómo, a pesar de la riqueza natural de Chiapas, se enfrenta a carencias significativas en infraestructura, desnutrición, analfabetismo y en servicios básicos. Estas condiciones empujaron a distintas comunidades indígenas al movimiento insurgente del primero de enero de 1994, tras llegar a la conclusión de que, “un millón de indígenas habitan tierras y comparten con mestizos y ladinos una desequilibrada pesadilla: aquí su opción, después de 500 años del 'encuentro de dos mundos' es morir de miseria o represión” (EZLN, 1992, párr. 20).

El 2024 marca treinta años de la fecha en la que el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)¹ marcó un hito en la historia contemporánea mexicana (Harvey, 1995, pp. 39). Hoy el Zapatismo persiste en la búsqueda de autonomía como alternativa a la globalización y a la agenda política neoliberal, desafiando constantemente sus valores fundamentales a través del comunitarismo (Starr et al., 2011; Delgado & Henry, 2018; Renique, 2005). En la actualidad, el Zapatismo se encuentra inmerso en un nuevo proceso de reorganización que se inició a finales del año 2023, provocado por el clima de violencia generalizada que vive México².

Desde entonces, el EZLN ha ejercido el control gubernamental en diversas regiones habitadas por diferentes grupos étnicos, a través de particulares modelos de organización política en varios municipios del estado de Chiapas. Esto en la práctica implica la coexistencia en un mismo municipio de comunidades que se identifican como zapatistas y otras no. El EZLN ha desarrollado sus propios sistemas de administración de justicia. La experiencia de estas comunidades en la gestión de sus formas de castigo proporciona una vía para entender las culturas indígenas y evidencia que el castigo constituye un elemento esencial en el tejido cultural de una

¹ En esta investigación se emplean indistintamente los términos EZLN, Zapatista y Zapatismo.

² Desde octubre de 2023 hasta la fecha actual, el EZLN ha difundido una serie de comunicados oficiales anunciando la creación de una nueva estructura política. En estos comunicados, se declara la obsolescencia de la anterior estructura, conocida como los “Caracoles” y las Juntas de Buen Gobierno (JBG). Para ver más en: <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/>

sociedad. De este modo, el presente estudio busca resaltar la centralidad de la autonomía en la gestión del castigo comunitario en las comunidades originarias de Chiapas, México como un tema fundamental en el ejercicio contemporáneo de la autonomía.

I. OBJETO, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA.

La investigación tiene por objeto el estudio de las prácticas de castigo y su relación con la identidad colectiva. En este sentido el objetivo general de este trabajo es doble: primero, se busca evaluar la coherencia de las prácticas de castigo en las comunidades zapatistas en relación con otras expresiones culturales arraigadas en dicho movimiento; segundo, se pretende definir el papel productivo que desempeña el castigo en la construcción de la identidad colectiva zapatista.

De acuerdo con los objetivos, se plantean las siguientes hipótesis. En primer lugar, se infiere que las formas de castigo en las comunidades zapatistas reflejan elementos culturales propios del movimiento. Así mismo, se sostiene que el castigo cumple diversas funciones dentro de la vida comunitaria dentro del Zapatismo. Por último, se deduce que la experiencia en la administración del castigo en la comunidad zapatista ha tenido efectos significativos en la evolución de la identidad del grupo.

Con el propósito de alcanzar los objetivos planteados y validar las hipótesis propuestas, se llevará a cabo una investigación cualitativa que nos ayude a comprender mejor los procesos involucrados en las construcciones de significados, experiencias vividas, rituales culturales (Atkinson, 2017, p. 65). En este sentido, se utilizará la metodología del “Estudio de caso”, en primer lugar, se llevará a cabo un análisis de las fuentes oficiales zapatistas anteriores al proceso del teniente Absalón Castellanos, con el fin de identificar los rasgos culturales fundamentales que configuran la identidad zapatista. Después, se realizará un análisis del juicio para determinar su coherencia con otras formas culturales presentes en la comunidad. Por último, se evaluará la influencia de las prácticas de castigo en dicho proceso, detallando cómo han contribuido a la conformación y evolución de la identidad.

La principal fuente de información para el estudio de caso surge a partir de las comunicaciones publicadas por el Comité Clandestino Revolucionario

Indígena-Comandancia General (CCRI) en su portal de internet “Enlace Zapatista”. Estos comunicados del CCRI representan una fuente de información privilegiada, ofreciendo una perspectiva interna singular y directa acerca de las políticas, valores, y posiblemente las prácticas arraigadas de las comunidades. A pesar de sus limitaciones aparentes, estas comunicaciones proveen una base informativa sólida, identificable a lo largo del tiempo y confiable en relación con la vida, creencias y posibles dinámicas de castigo dentro de las comunidades. Además, estas comunicaciones según Lippens (2003) dan cuenta clara de la particular visión de justicia zapatista (pp. 186).

En primer lugar, se analizan las publicaciones anteriores al 20 de enero de 1994, fecha en la que tiene lugar la detención, juicio y castigo del teniente Absalón Castellanos Domínguez. El objetivo de esta primera exploración tiene por objeto identificar los rasgos culturales esenciales de la Comunidad. En segundo lugar, se estudiarán las comunicaciones relativas al proceso mencionado. Con ello, se busca identificar la presencia de los rasgos culturales anteriores en la práctica del castigo. En tercer lugar, se examinarán las comunicaciones posteriores al proceso con el fin de determinar su impacto en la evolución de la identidad del grupo.

Para la interpretación de las comunicaciones se recurre a la propuesta de Garland (1999), quien aboga por entender el castigo como un “artefacto social”; es decir, como significado y significante de las formas culturales de una comunidad. Además, como material de apoyo a la comprensión general de las comunicaciones del movimiento zapatista se recurre a estudios publicados en revistas de alto impacto.

II. CASTIGO Y SOCIOLOGÍA DEL CASTIGO. EL CASTIGO COMO UN ARTEFACTO SOCIAL.

Desde que la sociología de Durkheim privilegió el estudio del castigo como vía de acceso a la conciencia social de una comunidad, numerosos autores han abordado su estudio desde distintas perspectivas (Garland, 1999, p. 14). No obstante, como explica Garland (1999), en la segunda mitad del siglo XX, los enfoques centrados en el discurso moral que expresan los castigos pasaron a un segundo plano. De

hecho, el pensamiento foucaultiano y, en parte, el de los autores marxistas marcaron un distanciamiento significativo respecto a la dimensión moral del castigo³.

Por su parte, el filósofo francés Michael Foucault centró sus esfuerzos en *Vigilar y Castigar* (1975) y cursos anteriores como *La sociedad punitiva. Curso del Collège de France* (1972-1973) en desenmascarar el supuesto humanismo de los reformadores, revelando tras su discurso el nacimiento de una nueva tecnología destinada al extraer el máximo rendimiento del cuerpo, sus gestos y fuerzas: el poder disciplinario foucaultiano. De esta manera, para el pensamiento foucaultiano, el castigo cumple con una finalidad distinta de aquella que expresamente se atribuye, esto es, poner fin a la criminalidad⁴.

Sin embargo, a pesar de la importancia de las denuncias de Foucault y los autores marxistas con respecto a los fines y funciones ocultos tras la práctica del castigo, Garland (1999, p. 14) considera excesivo el funcionalismo que estos autores y, en general, los estudios sobre el castigo le han atribuido a esta práctica desde la segunda mitad del siglo XX.

Garland (1999, p. 32), al igual que Nietzsche, sostiene que el castigo encierra una diversidad de fines y funciones, incluyendo algunos de naturaleza moral. Por este motivo, no es la práctica transparente vinculada exclusivamente a la criminalidad que estudia la ciencia penitenciaria o la criminología (Garland, 1999, p. 17). Más bien, el castigo representa un “conjunto complejo de procesos e instituciones interrelacionadas y no un objeto o un hecho uniforme” (Garland, 1999, p. 31). Los castigos “encarnan y reproducen categorías culturales más amplias, a la vez que funcionan como un medio para lograr fines penitenciaritas particulares” (Garland, 1999, p. 35). Aunque sean procedimientos legales, su existencia y funcionamiento dependen un extenso conjunto de fuerzas y condiciones sociales

³ Como explica Garland (1999), el enfoque de los autores marxistas como Rusche y Kirchheimer consiste en denunciar los intereses económicos de clase ocultos tras el castigo.

⁴ En todo caso, la funcionalidad del castigo según el pensamiento foucaultiano no es una cuestión pacífica. Sobre véase Foucault. (1982). *El polvo y la nube. La imposible prisión: debate con Michel Foucault*. Editorial Anagrama; y Leonard, J. (1982). *El historiador y el filósofo. A propósito de: Vigilar y castigar; nacimiento de la prisión. La imposible prisión: debate con Michel Foucault*. Editorial Anagrama.

(Garland, 1999, p. 35). Por esta razón Garland se refiere a los castigos como “artefactos sociales”. En palabras del autor, el castigo es:

“Un complejo artefacto cultural que codifica los signos y símbolos de una cultura más amplia en sus propias prácticas. Como tal, representa un elemento local dentro de los circuitos entrelazados de significado que constituyen el marco cultural de una sociedad, y que es objeto de análisis para rastrear sus patrones de expresión cultural” (Garland, 1999, p. 233).

De esta manera, Garland (1999), se interesa por los valores y compromisos que entran en juego en el proceso penal y, en general, por “cómo influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales” (p. 227). En todo caso, esta influencia es bidireccional: la cultura influye en el castigo y, viceversa⁵. El castigo es un producto cultural, pero también un productor de cultura⁶.

Ahora bien, Garland recurre a una noción amplia de cultura que abarca lo que denomina “mentalidades” y “sensibilidades” (Garland, 1999, p. 229). Las primeras se refieren a los patrones, formas y fenómenos de conocimiento que “estructuran la forma en las que concebimos a los criminales, proporcionando los marcos intelectuales (científicos, religiosos, o de sentido común) a través de los que vemos a estos individuos, los entendemos y clasificamos” (Garland, 1999, p. 229). Por su parte, las sensibilidades se relacionan con el afecto y los sentimientos de la comunidad, de manera que “determinan nuestra forma de sentir respecto a los criminales” (Garland, 1999, p. 230).

En conclusión, la principal aportación de Garland radica en haber posibilitado el diálogo entre enfoques tan heterogéneos como los de Durkheim y Foucault y los autores marxistas, pero también de otros autores como Nibert Elías

⁵ Es evidente, como señala Garland (1999, p. 234) a propósito del trabajo de Sutherland y Cressey, que los castigos forman parte de una cultura más amplia. Sin embargo, Garland crítica que Sutherland y Cressey ignoran las influencias específicas de las formas culturales en los castigos, así como el proceso inverso.

⁶ Una idea similar se advierte en el curso de Foucault *La verdad y las formas jurídicas*. En este, el filósofo francés plantea la generalización de las prácticas judiciales al dominio de las formas de conocimiento.

e incluso Nietzsche. Para Garland estos enfoques no son necesariamente incompatibles, sino que, más bien, se refieren a aspectos distintos del castigo (Garland, 1999, pp. 29-31). Así, Garland invita a integrar estos distintos enfoques a través de los dos ejes que propone para entender los castigos; las mentalidades y las sensibilidades.

III. EL CASTIGO EN LA IDENTIDAD DE LA COMUNIDAD ZAPATISTA: UN ANÁLISIS DEL CASO DEL JUICIO DEL TENIENTE ABSALÓN CASTELLANOS DOMÍNGUEZ

3.1. El EZLN en el proceso de la lucha por la tierra en Chiapas.

La historia del Estado de Chiapas es la narrativa de una lucha de siglos por recuperar la tierra. Es la historia de la resistencia de las comunidades indígenas, primero contra los colonizadores hispánicos y, después, frente al Gobierno Federal (Almeyra, G. & Thibaut, E., 2016). Chiapas no solo fue la última región en resistir el influjo del proceso colonizador, sino también la última en formar parte de México (Almeyra, G. & Thibaut, E., 2016).

Esta resistencia, que desde el principio caracterizó a las comunidades indígenas de la región, resultó en una participación menor en los movimientos de la política federal en comparación con otras regiones (Almeyra, G. & Thibaut, E., 2016). Además, llevó a la pervivencia, incluso en el siglo XIX, de unas de las unidades productivas fundamentales del régimen colonial: la finca o la hacienda (Almeyra, G. & Thibaut, E., 2016; Darling, 2020, p. 4). Como explica Darling (2020, p. 3), en torno a estas unidades se desarrolló durante mucho tiempo la vida de las distintas comunidades y, por extensión, los principales núcleos urbanos.

No obstante, la finca o la hacienda no solo es una categoría económica, sino también política, ya que a través de ella se inserta la dominación estatal, imponiendo la distinción estructural entre propietarios y asalariados, entre poseedores y desposeídos (Darling, 2020, p. 3). Asimismo, la finca, como unidad económico-política, no solo impone una determinada organización espacial, sino también una forma específica de organización temporal de la vida que regula los tiempos de trabajo y de ocio (Darling, 2020, pp. 3-5). Sin embargo, es una unidad productiva

diseñada para el autoabastecimiento y la autogestión (Darling, 2020, p. 3). En este sentido, no se alineaba con los nuevos intereses que la política nacional exportadora de la década de los setenta reservaba para la región, y es en ese momento en el cual comenzará su descomposición (Darling, 2020, p. 4).

Así, la evolución del estado de Chiapas hasta el levantamiento de 1994 estará marcada por la descomposición de la finca y su sustitución por formas más eficientes de producción (Darling, 2020, p. 4). Sin embargo, este proceso no será pacífico; por el contrario, encontrará fuertes resistencias que llevarán a las comunidades a la ocupación de tierras y la progresiva formación de una conciencia colectiva entre las distintas comunidades. Como señala Darling (2020), “La lucha por la tierra es y ha sido una causa fundante de la movilización de los campesinos de Chiapas para su organización y participación política” (p. 4).

Un primer intento significativo de autoorganización de las comunidades indígenas, al margen de la tradicional cooptación del Partido Revolucionario Institucional (PRI), se produjo tras el Decreto de la Reserva Integral de la Biosfera de Montes Azules (REBIMA) emitido por parte del presidente López Portillo (Diario Oficial de la Federación [DOF], 1978). Este decreto convirtió en reserva natural las tierras ocupadas por indígenas que, ante la falta de oportunidades en los núcleos urbanos, habían emigrado desde 1930 a las zonas interiores de la selva y ya en 1970 eran más de cien mil colonos (Sánchez, 1998, p. 128). La respuesta indígena fue la constitución de diferentes organizaciones indígenas como Central Independiente de Obreros Agrícolas y Campesinos (CIOAC), una organización de orientación marxista que marcó el comienzo de una primera fase de ocupación de tierras (Sánchez, 1998, p. 130).

Tiempo después en 1984 el Gobierno Federal reaccionó a través del Plan de Rehabilitación Agraria (PRA), diseñado para desposeer a los campesinos de las tierras ocupadas a través de su compra (Ramos, 1992). El PRA, fue implementado en Chiapas durante el gobierno del General Absalón Castellanos y no tuvo el efecto deseado ya que Sánchez (1998) demostró que el número de predios invadidos aumentó significativamente (p. 131).

En respuesta a las constantes amenazas de desalojo y la violencia por parte de las autoridades de distintos niveles que intentaban aplicar los decretos de reserva ecológica en la selva Lacandona, en 1991 surgió la Alianza Nacional Campesina Independiente Emiliano Zapata (ANCIEZ), la cual logró agrupar a 600 comunidades indígenas (Sánchez, 1998, p. 132). Aunque esta organización no alcanzó a consolidarse completamente, representa uno de los antecedentes inmediatos del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el protagonista del levantamiento del primero de enero (Petrich y Henríquez, 1994).

Por lo tanto, la insurgencia del primero de enero de 1994 es el resultado de décadas de opresión y una respuesta directa al problema estructural de la desposesión de la tierra. La elección de esta fecha responde a una doble estrategia, una política y otra económica. Desde el punto de vista político es una fecha simbólica, ya que coincide con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Por otro lado, en términos económicos, la fecha coincide con el periodo de cosecha, lo que permitió al movimiento una mayor disponibilidad de recursos (Petrich y Henríquez, 1994, párr. 47). En todo caso, como afirman Almeyra, G. & Thibaut, E. (2016), el levantamiento zapatista de 1994 “sorprendió sólo a quienes no sabían ni ver, ni oír ni prever”.

3.2. El proceso contra el general Absalón Castellanos.

Con objeto de facilitar la exposición del análisis del proceso, se ha optado por su segmentación en tres secciones diferenciadas. En primer lugar, se estudia la aprehensión del general Absalón Castellanos en el contexto de la fase inicial de lucha armada del EZLN. En segundo lugar, se aborda su estatus de prisionero de guerra y su relación con el proceso de construcción de autonomía. Finalmente, se procede al análisis individualizado de los cargos imputados al ex gobernador de Chiapas, así como los castigos propuestos por el tribunal.

3.2.1. La captura del general Absalón Castellanos y su significado en el contexto del inicio de la lucha armada.

En los primeros días de la ofensiva armada, el Ejército zapatista capturó al general de división y ex gobernador de Chiapas, Absalón Castellanos Domínguez (Orgambides, 1994). Sin embargo, pese a la relevancia del suceso, Lippens (2003) sostiene que ha recibido una atención analítica limitada, posiblemente por considerarlo erróneamente como un recurso propagandístico o una herramienta de negociación por parte de los zapatistas. Sin embargo, la captura, el juicio y sentencia no solo resulta atractiva para la reflexión general sobre la práctica de la justicia y la búsqueda de modelos alternativos de justicia, sino “también para comprender el imaginario zapatista en su proceso de construcción de autonomía” (Lippens, 2003, p. 185).

La figura de Absalón Castellanos es relevante tanto por su identidad individual como por el hecho de que la mayoría de las comunidades tienen una imagen sobre él, principalmente como un individuo déspota y corrupto (Muñoz, 2003, p. 88). En el momento de su captura, ostentaba el rango de general de división; anteriormente, en la década de los ochenta, fue gobernador del Estado de Chiapas; y, por encima de todo, era un gran hacendado (Almeyra, G. & Thibaut, E., 2016; Darling, 2020, p. 4). En este sentido, Absalón Castellanos condensa el poder económico, político y militar; siendo la “santísima trinidad” de los frentes de lucha zapatista, según la descripción de Almeyra y Thibaut (2006, p. 11).

3.2.2. Absalón Castellanos y su estatus de prisionero de guerra. Un primer paso en la construcción de autonomía.

Una vez capturado, la suerte del general no se conoce hasta el comunicado del Subcomandante Insurgente Marcos del 20 de enero de 1994, donde afirma que ha sido juzgado por un tribunal popular, aunque ignora el resultado del veredicto [1]. Ese mismo día se publica la sentencia en un nuevo comunicado. La emisión de dos comunicados distintos se puede interpretar como un intento del Subcomandante Insurgente Marcos de desligarse de la decisión y evitar su percepción como un caudillo que acumula todos los poderes en su persona. En este sentido, Darling (2020) explica la importancia de la percepción de los miembros de la comunidad sobre el compromiso ético de sus cargos por su vinculación con la práctica religiosa de las mayordomías, tradiciones presentes en Chiapas y Oaxaca.

Durante el tiempo de su captura y proceso, el EZLN asigna a Absalón Castellanos un estatus singular: el de prisionero de guerra. Este estatus se comprende en relación con la posición y los objetivos del EZLN en ese momento inicial del conflicto.

En primer lugar, ¿a quiénes representa el EZLN? En su primer comunicado del 31 de diciembre de 1993, el EZLN se describe como heredero de una lucha histórica, que se remonta a las primeras resistencias indígenas frente a la colonización [4]. Según el Subcomandante Insurgente Marcos, el EZLN representa a los indios tzotziles, tzeltales, choles, tojolabales, mames y zoques, los principales grupos étnicos de Chiapas [5]. Sin embargo, a pesar de la diversidad étnica por encima de todo se identifican como mexicanos. En palabras de ellos, [6] “Nuestra lucha es justa y es verdadera, no responde a intereses personales sino al ánimo de libertad de todo el pueblo mexicano en general y del pueblo indígena en particular” (párr. 9).

De esta manera, el EZLN defiende los intereses particulares de los indígenas de Chiapas, pero como mexicanos comparten las mismas demandas que el resto de la sociedad. Por lo tanto, el EZLN no representa a toda la sociedad civil, no es su brazo armado, ni siquiera el del conjunto de las organizaciones indígenas [7]. Solo constituyen un nuevo frente dentro de la lucha que, [8] “lleve al pueblo de México a la libertad, la democracia y la justicia” (párr. 3). Para este cambio, reclaman la efectiva aplicación de la legalidad constitucional, lo que supone, según explican, la dimisión del ejecutivo y la conformación de un gobierno de transición [4].

Estos objetivos son coherentes con la posición que el EZLN mantiene en estos primeros momentos de la insurgencia armada. Con el rechazo a la subversión de la legalidad constitucional y su definición como un frente dentro de una lucha amplia por la democracia en México, el EZLN evita suplantar la representación del conjunto de la sociedad [10]. Por otro lado, a través de la participación en la legalidad constitucional evita el descalificativo de grupo terrorista [12].

El EZLN entiende que el estatus que les permite ocupar esta posición y, además, les proporciona legitimidad internacional es el de fuerza beligerante en un conflicto interno [11]. Por esta razón, el 6 de enero de 1994 reclaman por primera

vez esta condición [12]. El 13 de enero insisten en el comunicado “*Sobre el nombramiento de Manuel Camacho*” [13] y, finalmente, el mismo día en el que se conoce el veredicto del juicio contra Absalón Castellanos, emiten una nueva comunicación en la que condicionan el proceso de diálogo a este reconocimiento [14]. La calificación de Castellanos como prisionero de guerra responde a este contexto y el hecho de que se produzca sin el reconocimiento oficial del gobierno, representa el ejercicio de facto de la condición de fuerza beligerante y una de las primeras decisiones en el proceso de construcción de autonomía.

3.2.3. La abolición de las relaciones asimétricas de trabajo y sus implicaciones en la constitución de nuevas formas organizativas: el tribunal popular como órgano de administración de justicia.

La forma organizativa que adopta el EZLN para la administración de justicia en el proceso a Absalón Castellanos es la del tribunal popular, una forma democrática del ejercicio de la justicia alejada de la profesionalización, la especialización y la burocracia propia de la justicia estatal (Baschet (2018, p. 80). Esta transformación organizativa es posible debido principalmente a dos factores.

De un lado, la supresión y sustitución de las relaciones de propiedad privada en las tierras ocupadas por formas de propiedad comunal posibilita una reordenación de las relaciones sociales al margen de la desigual relación estructural entre propietarios y desposeídos, entre patrones y asalariados. Como explica Stahler-Sholk (2014, p. 193), esta reorganización igualitaria de las relaciones entre los miembros permite retomar “las prácticas de toma de decisiones participativas mediante asambleas”. Así, este modelo horizontal abre la posibilidad a lo que denomina “judicatura comunitaria entre pares” (Stahler-Sholk, 2014, p. 198).

Por otro lado, como advierte Darling (2020, p. 8), la desaparición de las relaciones capitalistas en el trabajo de la tierra permite una nueva relación con el tiempo no mediatizada por la estricta demarcación que impone la jornada laboral del trabajo asalariado, lo que hace innecesarias formas de organización centradas en la búsqueda de la eficiencia temporal, como la burocrática.

3.2.4. La naturaleza de los cargos imputados al general Absalón Castellanos, su castigo y su significado.

Los dos primeros cargos que se imputan a Absalón Castellanos son los siguientes [2]: “cerrarles toda solución pacífica a sus problemas [...] y de haber reprimido, secuestrado, encarcelado, torturado, violado y asesinado a miembros de las comunidades indígenas” (párr. 2-5). A través del análisis de estos dos cargos, se puede comprender la identidad zapatista durante la fase de la lucha armada y su coherencia con los principios pacifistas que caracterizan al movimiento.

Por una parte, estos cargos representan una declaración de guerra, ya que, a través de ellos, el Estado mexicano y, en particular Absalón, obligaron a una comunidad pacífica a renunciar a los mecanismos democráticos y a recurrir a la lucha armada, es decir, a constituirse en fuerza beligerante. De esta manera reaparece la relación dialéctica que mantienen el EZLN y Absalón Castellanos, pero ahora en un sentido inverso; es el EZLN el que se define en función de Absalón Castellanos.

Por otra parte, la existencia condicionada del EZLN a las circunstancias que determinaron su constitución como fuerza beligerante la ausencia de mecanismos alternativos de expresión y la violencia permite sortear la aparente incongruencia señalada por Blashet (2018, pp. 122-123), es decir, que una comunidad pacifista se exprese a través de un grupo armado.

El tercer y último cargo imputado al ex gobernador de Chiapas es la confiscación violenta de tierras a las comunidades indígenas. A través de este último la lucha zapatista adquiere una dimensión histórica. El proceso contra Absalón es una fase de la lucha contra la opresión del Estado mexicano, pero también de la historia de la resistencia indígena frente a la colonización, la apropiación y la acumulación de tierras. El juicio contra Absalón es también un juicio histórico. Esta dimensión histórica del proceso judicial permite comprender la elección de los castigos.

En primer lugar, Absalón Castellanos, como persona individual y representante de la lucha actual que el EZLN mantiene contra el Estado mexicano es condenado a trabajos forzados. A través de este castigo se constituye alrededor del infractor una red de obligaciones cuantificables en tiempo de trabajo y equivalentes al daño causado (Foucault, 2018, pp. 22-23). De esta manera, a esta

modalidad de castigo subyace una lógica de compensación, que requiere un autor individualizable y una medida común para el daño y la reparación, en este caso, tiempo de trabajo (Foucault, 2018, p. 22). Esta misma modalidad de castigo ha sido advertida por autores como Flores (2011) o Baschet (2018) en ejercicios posteriores de la administración de justicia.

Sin embargo, el tribunal popular conmuta la pena de trabajos forzados por la condena de infamia, “Como mensaje al pueblo de México [...] se conmuta la pena de cadena perpetua [...] en su lugar, lo condena a vivir hasta el último de sus días con la pena y la vergüenza de haber recibido el perdón y la bondad de aquellos a quienes humilló” (párr. 11). Foucault (2018, pp. 86-87) explica la infamia como un contraataque directo de la sociedad sin necesidad delegación del poder de castigar y graduada según la intensidad de la ofensa. Es la pena que mejor se adapta a una justicia popular desburocratizada, ya que ni siquiera requiere la redacción de un código (Foucault, 2018, pp. 86-87). Por estas razones se adapta a la capacidad organizativa del EZLN en estos primeros momentos del conflicto.

La infamia responde a la táctica del poder que Foucault (2018, p. 23) denomina “marca”. Según el autor francés, impone una disminución virtual o visible semejante a una huella en el cuerpo físico o en el estatus de una persona, de manera que el individuo queda marcado “por un elemento de memoria y reconocimiento” (Foucault, 2018, p. 23). Sin embargo, el elemento de la memoria que introduce la marca de la infamia permite extender el castigo más allá del cuerpo físico de Absalón Castellanos, es decir, le confiere una dimensión histórica al castigo. La infamia es una satisfacción para las generaciones precedentes que nunca vieron satisfechas sus demandas, pero también un elemento de memoria para las generaciones venideras.

3.3. El significado general del proceso de Absalón Castellanos en el proceso de construcción de autonomía.

Stahler-Sholk (2014, p. 187) sostiene que la originalidad de los zapatistas consiste en entender su lucha como un proceso participativo y no como una concesión por parte de quienes detentan el poder. Así, los zapatistas, al ejercer la

autonomía en lugar de negociarla como una concesión, desafían la tradicional negociación vertical enfocada en la súplica de recursos y cuotas de poder (Stahler-Sholk, 2014, p. 187). Por esta razón, Stahler-Sholk (2014, p. 189) defiende que los zapatistas abogan por un modelo radicalmente democrático, similar a las “comunidades base” en la teología de la liberación católica según el cual no se trata de reformar las instituciones, sino de reorganizar las relaciones sociales.

Sin embargo, las observaciones de Stahler-Sholk (2014) no describen con exactitud la ambigüedad de los primeros meses de la lucha zapatista. Aunque los zapatistas eventualmente adoptaron la perspectiva expuesta por Stahler-Sholk (2014), no se puede afirmar que estas fueran sus posiciones originales. En este sentido, el proceso contra el general Absalón Castellanos refleja la ambigüedad inicial entre las opciones de la vía de la súplica y la petición y, por otro lado, el ejercicio efectivo de autonomía.

Hasta el proceso contra Absalón Castellanos, tanto el EZLN como el gobierno federal buscaron una solución negociada al conflicto. Sin embargo, para el EZLN, las conversaciones se encontraban condicionadas a su reconocimiento como fuerza beligerante. Este estatus convierte al EZLN en un interlocutor legítimo que representa de facto la voluntad de un espacio político autónomo dentro de México. Por esta razón la única concesión del ejecutivo al EZLN en este aspecto fue su reconocimiento como [15] “fuerza política en formación” (párr. 1).

Como advierte Stahler-Sholk (2014, p. 192), las posiciones del gobierno y el EZLN representan la tensión entre la legalidad, defendida por el gobierno, y la legitimidad, respaldada por los zapatistas. Sin embargo, en estos primeros momentos, los zapatistas aún creían posible obtener concesiones dentro de la vía de la legalidad. En este contexto, el proceso contra Absalón Castellanos marca una primera ruptura con la legalidad y constituye un primer paso en el proceso de construcción de autonomía, es decir, la vía de la legitimidad. Así, como explica Stahler-Sholk (2014, pp. 192-193), para los zapatistas la autonomía es un proceso continuo de aprendizaje y socialización a través cuál redefinen constantemente su propia identidad.

IV. CONCLUSIONES

El análisis del castigo dentro de la comunidad zapatista ofrece una ventana reveladora hacia la compleja historia de resistencia que ha caracterizado al sureste mexicano en las últimas tres décadas. En esta región, la lucha tenaz en torno al acceso a la tierra refleja la resistencia continua de las comunidades indígenas frente desafíos como la presión de las empresas transnacionales hasta la opresión y olvido oficial. Este trasfondo histórico ha dejado una huella indeleble en la identidad colectiva y en la incansable búsqueda de justicia en la región.

El levantamiento zapatista de 1994 surgió después de décadas de agravios y negligencias sufridas por las comunidades indígenas. A pesar del tiempo transcurrido, el proceso no ha concluido, y la resistencia del EZLN contra las estructuras de poder establecidas persiste. En este contexto, el trigésimo aniversario del levantamiento se presenta como una ocasión idónea para analizar detalladamente un aspecto escasamente explorado: el significado y el impacto del juicio que involucró al general Absalón Castellanos. Este evento, lejos de los enfoques tradicionales centrados en su consideración como un recurso de negociación política, resulta esencial para comprender el inicio del proceso de construcción de autonomía zapatista.

El análisis del proceso contra el ex gobernador de Chiapas desafía las concepciones simplistas sobre el castigo en general y, específicamente, sobre los zapatistas en particular. A través de este proceso, el EZLN comienza a configurar su propio espacio político y, con ello, define progresivamente su identidad. Las raíces políticas, económicas y sociales que subyacen al juicio son un claro ejemplo de la madurez y la preparación que el movimiento zapatista tenía en la década de los noventa, pero también, un nuevo paso en el proceso continuo de construcción de autonomía

REFERENCIAS

- Bown, D. (2019). Community Sanctions as Pervasive Punishment: A Review Essay. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9(2), 183-199. <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.v9i2.1208>

- Burguete Cal y Mayor, A. (1994). Las cuentas pendientes (Absalón y Ernesto Castellanos Domínguez). *Cemos Memoria*, 63, 33-40.
- Chango, A. L. U., & Orozco, R. H. S. (2022). Acotaciones sobre la aplicación de la justicia indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 14(S4), 751-760.
- Chimbo-Villacorte, D. F. (2017). El error de prohibición en la justicia indígena. *Derecho Penal y Criminología*, 37(103), 35-51. <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.03>
- Correas Vázquez, O. (1997). El pluralismo jurídico: un desafío al Estado contemporáneo. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 41(168), 91-98.
- Cunneen, C. (2018). Sentencing, punishment and indigenous people in Australia. *Journal of Global Indigeneity*, 3(1), 1-22.
- Estrada Saavedra, M (2011). El levantamiento zapatista de 1994. *Arqueología Mexicana*. p. 60-63. <https://arqueologiamexicana.mx/mexico-antiguo/el-levantamiento-zapatista-de-1994>
- Fernández Christlieb, Paulina. (2012). Justicia autónoma frente a justicia oficial. *Estudios políticos (México)*, (26), 37-55. Recuperado en 09 de enero de 2024, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162012000200003&lng=es&tlng=es
- Gándara, M. Á. (2016). Crisis, nuevos rasgos y retos del conflicto armado interno. *El Cotidiano*, (196), 25-40.
- Lippens, R. (2003). The Imaginary of Zapatista Punishment and Justice: Speculations on the 'First Postmodern Revolution'. *Punishment & Society*, 5(2), 179-195.
- Macana Gutiérrez, N. (2021). El castigo como institución social. Una aproximación de la literatura a partir del estudio del castigo en los delitos sexuales en Colombia. *Revista Vía Iuris*, (31), 13-35. <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n31a1>. Disponible en <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/1124/1067>
- Martínez Mendoza, S. (2007). El periodismo en Chiapas durante el gobierno de Absalón Castellanos Domínguez. *Revista Pueblos y fronteras digital*, 2(3), 251-293.
- Morton, A. D. (2007). Global capitalism and the peasantry in Mexico: The recomposition of class struggle. *The Journal of Peasant Studies*, 34(3-4), 441-473.
- Núñez, D. (2018). Conceptions of shame in Maya law. *International Sociology*, 33(2), 151-160. <https://doi.org/10.1177/0268580918757104>

30 AÑOS DEL MOVIMIENTO ZAPATISTA

- Ramos, M. E. R. (1992). *El reparto de tierras y la política agraria en Chiapas, 1914-1988*. Unam.
- Sánchez, C. (1998). Breve historia del ezln. *Boletín de antropología americana*, (32), 127-140.
- Velasquez Nimatuj, I (2023) Chiapas fears Organized Crime, and Military Intervention. *Americas Quarterly*. <https://www.americasquarterly.org/article/chiapas-fears-organized-crime-and-military-intervention/>

6.2. Capítulos de Libro

- Delgado, R. y Veltmeyer, H. (2018). Development and Social Change in Latin America. En G. Honor Fagan y R. Munck (Ed.), *Handbook on Development and Social Change* (234-250) <https://doi.org/10.4337/9781786431554>
- Stahler-Sholk, R. (2014). Autonomy, collective identity, and the Zapatista social movement. *Rethinking Latin American Social Movements*, 187.

6.3. Libros

- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Foucault, M. (2018). *La sociedad punitiva: curso en el Collège de France (1972-1973)*. AKAL EDICIONES.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Siglo XXI.
- La Jornada. (1994). Entrevista a Marcos, por los enviados de La Jornada. (Tomo I) *En La palabra de los armados de verdad y fuego*. Editorial Fuenteovejuna.
- Muñoz, G. R. (2003). *EZLN: 20 y 10, el fuego y la palabra*. La jornada ediciones.

6.4. Sentencias y decretos

- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia No. T-523/97. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Sentencia No. 0731-10-EP. Disponible en <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf>
- Diario Oficial de la Federación [DOF]. (1978). *Decreto de la Reserva Integral de la Biosfera Montes Azules*. https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=201444&pagina=8&seccion=0

Organización Internacional del Trabajo (1989). *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.

6.5. Comunicados del CCRI

- [1] Subcomandante Insurgente Marcos. (1994). “Del pasamontaña y otras máscaras”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/de-pasamontanas-y-otras-mascaras/>
- [2] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Conclusiones del juicio popular seguido en contra del prisionero de guerra de nombre Absalón Castellano Domínguez, general de división del Ejército Federal Mexicano”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/conclusiones-del-juicio-popular-seguido-en-contra-del-prisionero-de-guerra-de-nombre-absalon-castellanos-dominguez-general-de-division-del-ejercito-federal-mexicano/>
- [3] El despertador mexicano. (1993). “Editorial”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1993/12/31/editorial-de-el-despertador-mexicano/>
- [4] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Primera Declaración de la Selva Lacandona”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/01/primera-declaracion-de-la-selva-lacandona/>
- [5] “Subcomandante Marcos: Nos hemos estado preparando en la montaña”. (1994). *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/04/subcomandante-marcos-nos-hemos-estado-preparando-en-la-montana-desde-hace-diez-anos/>
- [6] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Sobre el alto el fuego”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/12/sobre-el-alto-al-fuego/>
- [7] Subcomandante Insurgente Marcos. (1994). “De pasamontañas y otras máscaras”. *Enlace Zapatista*. <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/de-pasamontanas-y-otras-mascaras/>
- [8] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Sobre las demandas centrales y la forma de lucha”. *Enlace Zapatista*. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/sobre-las-demandas-centrales-y-las-formas-de-lucha/>
- [9] CCRI-CG del EZLN. (1994). “A nuestros hermanos indígenas de otras organizaciones”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de

- <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/a-nuestros-hermanos-indigenas-de-otras-organizaciones/>
- [10] “Subcomandante Marcos: Nos hemos estado preparando en la montaña”. (1994). *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/04/subcomandante-marcos-nos-hemos-estado-preparando-en-la-montana-desde-hace-diez-anos/>
- [11] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Respuesta a Manuel Camacho”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/31/respuesta-a-manuel-camacho/>
- [12] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Sobre el EZLN y las condiciones para el diálogo”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/06/sobre-el-ezln-y-las-condiciones-para-el-dialogo/>
- [13] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Sobre el nombramiento de Manuel Camacho”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/13/sobre-nombramiento-de-manuel-camacho/>
- [14] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Condiciones y agenda para el diálogo”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/20/condiciones-y-agenda-para-el-dialogo/>
- [15] CCRI-CG del EZLN. (1994). “Sobre el reconocimiento del EZLN como «fuerza política en formación»”. *Enlace Zapatista*. Recuperado de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/31/sobre-lo-del-reconocimiento-al-ezln-como-fuerza-politica-en-formacion/>

6.6. Periódicos y sitios web

- EZLN. (1992). Chiapas: el sureste en dos vientos, una tormenta y una profecía. Recuperado en diciembre de 2023. <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/27/chiapas-el-sureste-en-dos-vientos-una-tormenta-y-una-profecia/>
- EZLN. (2005). Sexta Declaración de la Selva Lacandona. Recuperado el 24 de enero de 2024, de <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/sdsl-es/>
- Ferri, P (2023). El EZLN se reorganiza para “aumentar la defensa de los poblados” frente a las “guerras empresariales y militares”. *El País*. <https://elpais.com/mexico/2023-11-13/el-ezln-se-reorganiza-para-aumentar-la-defensa-de-los-poblados-frente-a-las-guerras-empresariales-y-militares.html>

- Orgambides, F. (1994, febrero 18). La liberación de Castellanos permite abrir el diálogo entre Gobierno y zapatistas. *El país*.
https://elpais.com/diario/1994/02/18/internacional/761526014_850215.html
- Petrich, B. y Henríquez, H. I. (1994). Entrevista a Marcos por enviados de La Jornada, 4 al 7 de febrero. *La Jornada*, pp.5-8.

**“ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA
PSICOLÓGICA EN CONTRA DE LA MUJER
EN EL DERECHO COMPARADO
LATINOAMERICANO Y SUS
IMPLICACIONES EN OTRAS TIPOLOGÍAS
DE VIOLENCIA DE GÉNERO”**

*“Analysis of the crime of psychological violence against women in latin
american comparative law and its implications on other typologies of
gender-based violence”*

ROMAR MIGUELANGEL TAHAY¹

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR DE GUATEMALA

FLOR DE MARÍA MIRANDA REZZIO²

UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA

RESUMEN

El delito de violencia psicológica en contra de la mujer está tipificado en muchas legislaciones en Latinoamérica; sin embargo, los órganos jurisdiccionales y otras entidades públicas desconocen los parámetros para ponderar *prima facie* su existencia y repercusiones. Esta violencia que no deja marcas, dentro del contexto de violencia de género, es la que estadísticamente cuenta con menores índices de condenas y suele presentarse en concurso ideal o medial de delitos en la mayoría de las ocasiones. El presente artículo profundiza en un estudio jurídico, técnico-psicológico y práctico para facilitar su apreciación, aplicación y obtener una verdadera reparación digna e integral de las víctimas, así como una adecuada atención al denunciar al agresor. Además, se establecen las

¹ Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala.

² Psicóloga por la Universidad de San Carlos de Guatemala.

diferencias sustanciales que existe en la regulación del delito en la región, esto con el objeto de analizar el carácter represivo de la norma e identificar contextos y problemas socioculturales sobre los que el Estado y sus instituciones deben orientar esfuerzos.

Palabras clave: Femicidio; Reparación; Violencia contra la mujer; violencia psicológica;

ABSTRACT

The crime of psychological violence against women is typified in many laws in Latin America; however, courts and other public entities are unaware of the parameters to *prima facie* assess its existence and repercussions. This violence that does not leave marks, within the context of gender violence, is the one that statistically has the lowest conviction rates and usually occurs in ideal or medial competition of crimes in most cases. This article delves into a legal, psychological, and practical study to facilitate its application and obtain true comprehensive reparation for the victims, as well as adequate attention when denouncing the aggressor. In addition, the substantial differences that exist in the regulation of crime in the region are established, this to analyze the repressive nature of the norm and identify socio-cultural contexts on which the State and its institutions should direct efforts.

Keywords: *Femicide; Repair; Violence against women; physical violence*

“La guerra femenina tiene sus colores, sus olores, su iluminación y su espacio. Tiene sus propias palabras. (...) En esta guerra no solo sufren las personas, sino la tierra, los pájaros, los árboles. Todos los que habitan este planeta junto a nosotros. Y sufren en silencio, lo cual es aún más terrible”

Svetlana Alexiévich

INTRODUCCIÓN

La violencia psicológica en contra de la mujer es una forma común de violencia de género que incluye cualquier curso de conducta intencional que perjudica gravemente la integridad psicológica a través de mecanismos como la coerción, la intimidación, abusos verbales o las amenazas.

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

De forma general, la Resolución 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud (Organización Mundial de la Salud, 2002), tomando en consideración la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer llevada a cabo en Beijing en el año 1995 (Organización de las Naciones Unidas, 1995) declaró que la violencia contra la mujer es un tema de salud pública y de Derechos Humanos.

Para combatirlo muchos países han recurrido a la herramienta penal como forma de control, intentando que el Derecho Penal cumpla una función de corrección social y cultural. No obstante, una cosa es predicar y otra dar trigo. Una cosa es adaptar el marco legal a los compromisos internacionales asumidos y otra que éste sea funcional.

Actualmente, la herramienta jurídico-penal se encuentra en crisis, puesto que rara vez suele dictarse una sentencia condenatoria en casos de femicidios y otras tipologías de violencia de género; especialmente cuando el caso en concreto se refiere a violencia psicológica, cuyos extremos o parámetros son desconocidos por juzgadores ya sea por el hecho de que: i) la legislación es vacua, difícil de suplir por una persona no versada en la materia (psicología); o ii) en el peor de los casos, en los que, a pesar de existir dictámenes o informes periciales éstos suelen ser ignorados y desechados.

Otra problemática se presenta también en aquellas legislaciones en las se contemplan tipos penales lo suficientemente amplios para incluir muchas modalidades de violencia psicológica en contra de la mujer, como se constatará en el apartado específico, pero que precisamente dicha amplitud dificulta la labor hermenéutica de juzgadores, funcionarios y por paradójico que parezca también la de los peritos, pues estos se ven en la dificultad de tener que adaptar sus informes a características psicológicas reguladas por legisladores que poco o nada dominan la materia.

Aspecto que hace recordar el problema que plantea Franz Kafka en la parábola “Ante la Ley” (Kafka, 1914): ¿cómo se puede entrar a algo que está tan abierto?, la respuesta es que precisamente porque está tan abierto es que es imposible entrar, presentándose la paradoja de que aquello que precisamente nos incluye también nos excluye, aquello que es ley realmente no siempre lo es.

Empeora el contexto, considerando que existe una falta de políticas públicas enfocadas tanto en lo social como en lo cultural y funcionarios contaminados por este entorno, lo que da como resultado un problema con una solución a medias.

Es por ello por lo que, a lo largo de este artículo se realiza un análisis teórico-científico y práctico de la violencia en contra de la mujer, especialmente en su manifestación psicológica con el objeto de desgranar cada uno de sus elementos, de acuerdo con la “idiosincrasia” de cada país, pretendiendo que este análisis juntamente con los avances psicológicos puedan servir de guía para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas.

I. NORMATIVA SUPRANACIONAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

“Lo personal es político”

Anónimo

Lo que es propio de la persona y lo que es propio de la comunidad o vida en común es una dicotomía convencional, sujeta a transformaciones históricas. La política no es una esfera separada de la realidad social, sino “un acontecimiento social”.

La violencia contra la mujer es un tema inherente a los Derechos Humanos. Así se reconoce en todas las Convenciones y Tratados internacionales sobre la temática, las cuales afirman que todos los derechos deben ser tutelados por los Estados sin distinción alguna de sexo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por ejemplo, de manera genérica proclama que todos los seres humanos nacen en igualdad de dignidad y derechos, así como que toda persona puede invocar cada uno de los derechos y libertades, sin distinción alguna (Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 1, 1948). Posteriormente, y también genéricamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece como obligación de los Estados parte, el respeto de los derechos emanados del mismo, como son los derechos a la

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

vida, a la integridad física, a la libertad, la seguridad personal y la igualdad ante la ley (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 1-5, 1966).³

El primer cuerpo normativo que abordó como parte central la problemática de la violencia contra la mujer fue la Convención sobre la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer de 1980. Como puntapié histórico, esta convención posee una gran importancia puesto que da el primer paso para que otros cuerpos normativos, tanto nacionales como internacionales fueran recogiendo ciertas definiciones relevantes en el contexto de violencia de género. La expresión sobre discriminación contra la mujer es concebida en esta Convención como:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” (Convención sobre la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, Art. 1, 1980)

De igual manera, marca un precedente de otros conceptos como los compromisos de los Estados parte (Art. 2), las medidas apropiadas (Art. 3, Art. 5, Art. 7 y Art. 10), las medidas especiales (Art. 4), etcétera. Cada una de estas medidas encaminadas a asegurar los derechos de la mujer, la participación igualitaria, así como la igualdad de condiciones.

Posteriormente, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993 se abordan temas esenciales como la definición de violencia contra la mujer, específicamente se refiere que por esta debe entenderse:

“Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada.” (Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Art. 1, 1993)

Esta definición se tornaría clave para que luego los Estados parte, dentro de sus ordenamientos jurídicos fueran incluyendo normativa de protección a las mujeres. Dentro de esta definición se pueden extraer elementos importantes que demuestran la versatilidad de la violencia hacia la mujer, por ejemplo, el daño que ocasiona la violencia de género, pudiendo ser daños físicos, psicológicos o sexuales. Como tradicionalmente se conoce.

De igual manera, el tema de los ámbitos donde se genera esa violencia es importante, dado que pueden ser observados tanto en la vida pública (en presencia de terceros ajenos al núcleo familiar, a través de medios de comunicación, redes sociales, etcétera) como en la vida privada (en el ámbito familiar e íntimo).

Regionalmente se promulgó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como *Convención de Belém do Pará*, en el año 1994, misma que significó un avance sustancial en materia de lucha contra la violencia contra la mujer y un referente en la mayoría de las disposiciones locales en Latinoamérica. Aspectos más avanzados de prevención de la violencia se dejaron entrever en esta convención y uno de sus aportes más significativos se centra con respecto a los deberes de los Estados Parte (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Art. 7, 1994), así como los objetivos que pretenden alcanzar estos deberes (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Art. 8, 1994).

II. DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA DE LA MUJER EN EL DERECHO COMPARADO

“La definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada” (Caso Campo Algodonero vs México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

La definición del delito de violencia psicológica en contra de la mujer es un asunto complejo debido a la inherente interrelación que tiene con otras ciencias como el caso de la psicología o la criminología. En ese sentido, cada legislación aborda, lamentablemente, el asunto de diferente manera, debido, tal vez, a la idiosincrasia del país en cuestión.

Así, el Instituto Europeo para la Igualdad de Género ha mostrado mucha preocupación sobre el tema y ha emitido estudios sobre la necesidad de armonizar las definiciones de este tipo de violencia en la Unión Europea (en adelante UE), así como las estadísticas de abusos (Instituto Europeo para la Igualdad de Género, 2023). Llegando a la conclusión, incluso, de que muchos Estados miembros de la UE no reconocen formas de violencia psicológica que afectan a las mujeres en relaciones íntimas de pareja.

En búsqueda de un poco de uniformidad, la Comisión de la Condición de la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), indica que la violencia psicológica:

“Consiste en provocar miedo a través de la intimidación; en amenazar con causar daño físico a una persona, su pareja o sus hijas o hijos, o con destruir sus mascotas y bienes; en someter a una persona a maltrato psicológico o en forzarla a aislarse de sus amistades, de su familia, de la escuela o del trabajo.” (Comisión de la Condición de la Mujer ONU, 2022)

Elementos que se encuentran en muchas de las legislaciones que en este estudio se analizan, sin embargo, resulta llamativo que esta Comisión incluye en su definición la “amenaza con destruir mascotas”, puesto que este tema no se encuentra presente en las disposiciones legales locales, pero que sin duda puede llegar a generar repercusiones psicológicas considerables como para promover un proceso en contra del agresor. Realzando el vínculo afectivo que la víctima puede llegar a tener no solo con el agresor o con los hijos, sino también con otros seres vivos como una mascota.

A continuación, se presenta un análisis crítico de las disposiciones de algunas legislaciones latinoamericanas elegidas discrecionalmente.

COLOMBIA

La Ley 1257 del año 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, en el Art. 2 define la violencia contra la mujer como:

“(…) cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.”

Con base en la definición anterior se puede establecer que toda conducta que genere en la mujer cualquier daño de esta índole y sea realizado por la condición de mujer de la víctima, es una manifestación de violencia de género.

Ahora bien, en su Art. 3, la misma Ley establece las tipologías de daño contra la mujer, como manifestación de la violencia de género: daño psicológico, daño o sufrimiento físico, daño o sufrimiento sexual y daño patrimonial (Ley 1257, 2008). La literal a.) del Art. 3 de la Ley 1257 al definir el daño psicológico, lo hace desde dos aristas, en la primera establece que surge al:

“(…) generarle a la mujer a través de diferentes mecanismos, un daño psicológico con la de intimidarla, manipularla, amenazarla, humillarla degradarla, etc. (…)” (Ley 1257, 2008)

Y en la segunda arista:

“(…) o cualquier forma de atentar contra su autodeterminación o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal” (Ley 1257, 2008)

Por lo que puede interpretarse que esta segunda arista surge de una acción anterior; es decir, hace referencia a las consecuencias psicológicas que puede generarle a la mujer cualquier acto de violencia física, sexual o económica, en donde se perjudica su autodeterminación y donde podrían plantearse escenarios en los que

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

el desarrollo personal de la mujer se ve afectado. Cabría la posibilidad, en consecuencia, de que muchos casos de violencia en contra de la mujer se presenten en concurso ideal con la violencia psicológica y no como concurso medial o en su caso, como un parámetro esencial al momento de resolver la reparación a la víctima, la cual en todo caso debe ser digna e integral. Lo que ampliaría la pena principal e incluirá las penas accesorias que el órgano jurisdiccional disponga.

ECUADOR

En Ecuador a partir del año 1995 se encuentra en vigor la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y en el año 1997 se crea el Consejo Nacional de las Mujeres (en adelante CONAMU). Pese a contar con ciertos principios rectores como el de diversidad e interpretación en favor de la protección de la mujer, es el Código Orgánico Integral Penal el que tipifica como delito cada una de las manifestaciones de violencia en contra de la mujer. Así, el Art. 157 se refiere a la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar de la siguiente manera:

“ La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones, será sancionada de la siguiente manera: 1. Si se provoca daño leve que afecte cualquiera de las dimensiones del funcionamiento integral de la persona, en los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos, de comportamiento y de relaciones sin que causen impedimento en el desempeño de sus actividades cotidianas, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si se afecta de manera moderada en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, laboral, escolar, familiar o social que cause perjuicio en el cumplimiento de sus actividades cotidianas y que por tanto requiere de tratamiento especializado en salud mental, será sancionada con pena de seis meses a un año. 3. Si causa un daño psicológico severo que aún con la intervención especializada no se ha logrado revertir, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, 1995)

Estratificando el daño en tres categorías: i) leve, ii) moderado y iii) severo. Siempre tomando como premisa los verbos rectores presentes en el primer párrafo, lo cual favorece a la interpretación que los juzgadores realizarán de los hechos de

TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE
MARÍA

cada caso en concreto al emitir una sentencia condenatoria y ponderar la pena la respectiva.

Sin embargo, aún deja bastante margen para que cualquier órgano jurisdiccional interprete arbitrariamente lo que se entiende como daño “leve” “moderado” o “grave”. Se entiende que los informes periciales deberían tener como objeto principal, luego de constatar efectivamente la presencia de violencia psicológica, sugerir la calificación de gravedad de esta. Sin embargo, como cualquier otro dictamen, éste no es de naturaleza vinculante, sino únicamente un indicador para que el juez forme su íntima convicción.

COSTA RICA

La Ley No. 8589 de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de Costa Rica, del año 2007, establece en el Art. 1 como fin:

“(...) proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”.

Sin embargo, parece lamentable que únicamente haga referencia a la protección de mujeres mayores de edad, considerando que niñas y adolescentes por su condición de vulnerabilidad suelen ser sujeto de violencia física, psicológica y patrimonial en un contexto de relaciones desiguales de poder. Aunque se justificaría la exclusión en casos de violencia sexual en el supuesto de que el delito de violación contemple la imposición de una pena más grave para el agresor, no obstante, siguiendo los parámetros del Código Penal costarricense, la pena en casos de violación es de diez a dieciséis años de prisión y de dos a seis años en casos de menores de edad

Lo mismo sucede en cuanto a que es aplicable en el marco de una “relación de matrimonio” y de “unión de hecho declarada o no”, puesto que solo comprende el ámbito de relaciones conyugales del delito, obviando que la violencia en contra de la mujer en cualquiera de sus manifestaciones se presenta en relaciones de amistad,

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

laborales, vecinales y familiares de distinto tipo. Contraviniendo múltiples instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos como la Convención de *Belém do Para*. Se sugiere entonces la aplicación de la definición establecida en estos Tratados en virtud de la aplicación del Control de Convencionalidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003).

Por otro lado, el Artículo 25 indica que:

“será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, al que ofenda de palabra en su dignidad o decoro, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no”. (Ley No. 8589 de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de Costa Rica, Art. 25, 2007)

Centrándose exclusivamente, en los abusos verbales. El artículo 26 completa la definición de violencia psicológica al prever que:

“Se le impondrá pena de prisión de dos a cuatro años a quien, mediante el uso de amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso, obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada”. (Ley No. 8589 de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de Costa Rica, Art. 26, 2007)

Aunado a todos los artículos anteriores, la Ley en mención indica que además de la pena de prisión, se le impondrá la pena de inhabilitación para ejercer cargos públicos y administración judicial, se entiende por política pública.

NICARAGUA

La Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres de Nicaragua del año 2014 contempla en su Artículo 8 que:

“la violencia hacia la mujer en cualquiera de sus formas y ámbito debe ser considerada una manifestación de discriminación y desigualdad que viven las mujeres en las relaciones de

TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE
MARÍA

poder, reconocida por el Estado como un problema de salud pública y de seguridad ciudadana”.

Si bien dicho artículo difiere en su redacción con los distintos artículos de las leyes anteriores que también se expresan sobre la violencia contra la mujer, es necesario reconocer que contempla la violencia contra la mujer como un problema de salud pública y de seguridad ciudadana, es decir, que afecta a la sociedad entera. Siguiendo los parámetros establecidos por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud.

Por otro lado, la literal f) del mismo Artículo 8 establece que la violencia psicológica es una:

“Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, decisiones y creencias de la mujer por medio de la intimidación, manipulación, coacción, comparaciones destructivas, vigilancia eventual o permanente, insultos, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud mental, la autodeterminación o su desarrollo personal”. (Ley contra la violencia hacia las mujeres de Nicaragua, Art. 8.f, 2014)

Hay que hacer énfasis en el aspecto de las creencias de la mujer, estrechamente vinculado con la libertad de culto y de religión, puesto de que es conocido que muchas mujeres son obligadas a cambiarse al sistema de creencias de su pareja o de cualquier hombre en el contexto de relaciones desiguales de poder. Siendo objeto de constantes ataques a su credo, vestimenta o prácticas religiosas, vulnerando su derecho a la autodeterminación.

Además, se hace referencia a salud mental, un concepto ampliamente desarrollado por la doctrina psicológica preponderante. Entre los impactos a la salud mental se encuentran los trastornos relacionados con traumas y factores estresantes, los trastornos alimenticios y de adicción, insomnio, depresión y las tendencias suicidas (Campbell, 2002). De hecho, se ha afirmado que: “Las víctimas de violencia de género tienen un riesgo tres veces mayor de sufrir un trastorno depresivo y un riesgo cuatro veces mayor de desarrollar un trastorno de ansiedad” (Halim, 2017).

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

Regulado como una tipología del delito de violencia contra las mujeres, el Artículo 11 de la Ley contra la violencia hacia las mujeres de Nicaragua, expresa que comete delito de violencia psicológica:

“quien mediante acción u omisión con el propósito de denigrar, controlar las acciones, comportamientos y creencias de la mujer que haya sido o sea su cónyuge, excónyuge, conviviente en unión de hecho estable, exconviviente en unión de hecho estable, novio, exnovio, ascendiente, descendiente, pariente colaterales por consanguinidad, afinidad y cualquier otra relación interpersonal; ejerza amenaza directa o indirecta, intimidación, manipulación, humillación, aislamiento, ofensas, vigilancia, comparaciones destructivas, chantaje, acoso, hostigamiento y cualquier otra circunstancia análoga que tenga como resultado un perjuicio en la salud psicológica, por la devaluación de su autoestima o el desarrollo personal” (Ley contra la violencia hacia las mujeres de Nicaragua, 2014)

La ley nicaragüense en ese sentido cuenta con muchísima claridad de lo que constituye violencia psicológica, además de no ser limitativo en el supuesto de hecho, al incluir “cualquier otra circunstancia análoga” siempre que sus efectos sean psicológicamente comprobables en la víctima. Esto se entiende, mediante los exámenes psicológicos y periciales que se lleven a cabo.

A diferencia de Costa Rica, en Nicaragua la violencia psicológica también puede darse sin que necesariamente la pareja esté viviendo en un mismo lugar. Por otro lado, la inclusión de los términos “novio y exnovio” le garantizan a la mujer que está siendo víctima de violencia, que en el supuesto de presentar una denuncia por violencia psicológica en la que sostenga una relación sentimental con el agresor, independientemente de la duración de la relación.

Por si fuera poco, la ley no solo regula la violencia psicológica en el marco de relaciones afectivas, sino también en relaciones familiares y cualquier “relación interpersonal” que incluye amistades, relaciones laborales e incluso vecinales. Las relaciones desiguales de poder no discriminan en contexto social, por lo que los legisladores consideraron adecuado incluir estos términos tan amplios. La sanción del delito de violencia psicológica del Artículo 11, se dividen en tres literales las cuales son:

TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE
MARÍA

“a) Si se provoca daño a su integridad psíquica que requiera, tratamiento psicoterapéutico, será sancionado con pena de ocho meses a un año y cuatro meses de prisión; b) Si se causara disfunción en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, laboral, escolar, familiar o social que requiera un tratamiento especializado en salud mental, será sancionado con pena de dos años y ocho meses a seis años y ocho meses de prisión; c) Si se causara una enfermedad psíquica que aún con la intervención especializada la persona no pueda recuperar su salud mental de manera permanente, será sancionado con pena de siete años y seis meses a trece años y cuatro meses de prisión”. (Ley contra la violencia hacia las mujeres de Nicaragua, 2014)

La división de penas, al igual que en Ecuador se impone según la gravedad del impacto psicológico en la víctima, pero afortunadamente en Nicaragua si se establecen parámetros para que el juzgador pueda verificar en cada caso en concreto el tipo de daño se causó, los cuales toman como base la naturaleza del tratamiento al cual deberá de ser sometido la víctima. Sin dejar, en consecuencia, un amplio margen de apreciación al juzgador, lo cual puede degenerar en arbitrariedad, y tampoco exigirle indirectamente al psicólogo/a que elaboré el informe pericial que sugiera la imposición de una pena o un análisis jurídico del Artículo en cuestión, lo cual escapa de sus funciones, circunscribiéndose a dejar constancia únicamente del tipo de tratamiento que deberá emplearse.

Una vez resuelto el tema de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil tendrá como objeto que el agresor además del cumplimiento de la condena deba indemnizar a la víctima los daños psicológicos causados, dependiendo si la salud mental pueda recuperarse o resulte afectada permanentemente.

VENEZUELA

La Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del año 2007 tiene por objeto, según el Artículo 1:

“Garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

mujeres, para favorecer la construcción de una sociedad justa, democrática, participativa, paritaria y protagónica”.

Enfatizando que dicha disposición, a diferencia de algunas otras analizadas con anterioridad, más allá de los caracteres propios del Derecho Penal, resalta la importancia de cambiar patrones socioculturales. Por lo que se orienta especialmente en describir la problemática y sugiere que por medio de este cuerpo normativo se pretende concientizar y luchar por cambios sociales y culturales.

Además, el Artículo 4 consagra los derechos de las mujeres víctimas de manera más amplia y clara, como el derecho a la información, asistencia social integral, asistencia jurídica, servicios sociales de atención e incluso prioridad en el acceso a la vivienda o a la tierra. Sin embargo, el quid del asunto se encuentra precisamente en su materialización o ejecución.

Por otra parte, el artículo 15 establece las formas de violencia de género en contra de las mujeres, definiendo la violencia psicológica como:

“toda conducta activa u omisiva ejercida en deshonra, descrédito o menosprecio al valor o dignidad personal, tratos humillantes y vejatorios, vigilancia constante, asilamiento, marginalización, negligencia, abandono, celotipia, comparaciones destructivas, amenazas y actos que conlleven a las mujeres víctimas de violencia a disminuir su autoestima, a perjudicar o perturbar su sano desarrollo, a la depresión e incluso al suicidio”. (Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Art, 15, 2007)

El término “comparaciones destructivas” es el más novedoso que incluye esta disposición, puesto que las mujeres víctimas de algún tipo de violencia psicológica suelen ser comparadas con otras personas o con idealizaciones erróneas de la feminidad en un equivocado contexto social patriarcal. “Ser una mala esposa”, “una mala novia”, “una mala madre” suelen ser muchos de los ataques que día con día afrontan muchas mujeres latinoamericanas, es amena entonces la inclusión del concepto.

TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE
MARÍA

MÉXICO

La Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del año 2007 señala en el Art. 6 que la violencia psicológica es:

“cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio”

Resaltando que, a diferencia de muchas otras legislaciones, sí contempla la posibilidad de generar violencia psicológica a través de omisiones como el caso de la indiferencia o el descuido reiterado.

Además, es interesante que deja manifiesto la preocupación social de que este tipo de violencia no solo genere depresión, aislamiento, sino también suicidios. Recordando que este tipo de violencia es de acción pública, por lo que independientemente de que la víctima pierda la vida, las instituciones estatales deberán procurar a toda costa la obtención de justicia.

ARGENTINA

La Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres promulgada en el 2009, identifica en el Art. 5.2 que tomando en consideración los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la violencia psicológica contra la mujer puede ser entendida como:

“La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.”

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

Comprendiendo también acciones y omisiones como la legislación mexicana, pero extendiéndose en aspectos como la limitación del derecho de circulación, aspecto que en otras legislaciones se regula únicamente como una detención ilegal o cualquier otro delito contra la libertad.

Sin embargo, lo más interesante es que deja una brecha abierta para que en este tipo de violencia se incluya cualquier otro medio que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación, entendiéndose ésta última como el derecho de cualquier ser humano de tomar decisiones sobre su identidad, pasado, presente y futuro y definir quiénes somos sin factores externos.

En relación con los informes periciales de violencia psicológica, el Art. 29 permite que los juzgadores consideren informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres. Las cuales tienen una participación similar, si no es que por antonomasia de *amicus curiae* (amigos del tribunal), lo que sin duda favorece a que la víctima se sienta acompañada durante el proceso y se evite cualquier tipo de revictimización.

GUATEMALA

En Guatemala la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, aprobada en el año 2008, define la violencia psicológica en el Art. 3 como las:

“acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos y otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a este clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos”.

No obstante, se considera oportuno que también se hubiera previsto la violencia psicológica a raíz de “omisiones” y no solo de “acciones”, mimetizando las disposiciones sobre violencia de género en México, Argentina o Nicaragua,

puesto que los avances psicológicos han demostrado que muchas afectaciones psicológicas surgen del descuido, de la indiferencia y falta de atención (Godbout, 2019)

En el aspecto jurídico, lamentablemente el Artículo 7 de la Ley, contempla de forma específica el delito de “violencia contra la mujer”, identificando las modalidades y circunstancias que se comete. Señala como modalidades la violencia física, sexual o psicológica, pero las anteriores solo califican el tipo penal básico “violencia contra la mujer”, y convierte las modalidades específicas en guías orientadoras de la duración de la pena, ya que a las primeras se les asigna una pena de prisión de cinco a doce años, y para la última, de cinco a ocho años de prisión. Lo que significa que dicho cuerpo legal no contempla la violencia psicológica como delito sino como modalidad del tipo penal básico.

La violencia psicológica admite entonces múltiples modalidades de agresión y no se limita a una representación expresa, en ese sentido es importante analizar las circunstancias de cada caso en concreto con base a el informe pericial que se obtenga del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (en adelante INACIF) y del que cada una de las partes aporte al proceso en cuestión.

En el primer semestre del año 2023 se realizaron 5,811 evaluaciones psicológicas y 442 evaluaciones psiquiátricas por hechos relacionados con la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, a solicitud de autoridad competente (Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, 2023). Manteniéndose en el promedio de los primeros semestres de los años 2022 y 2021, los cuáles presentaron 6,033 y 5,723 evaluaciones psicológicas respectivamente (Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, 2023).

En cualquier caso, se han realizado más evaluaciones en grupos quinquenales de 10 a 14 años y de 15 a 19 años, siendo entonces las niñas y adolescentes lo más susceptibles de padecer algún tipo de violencia psicológica (Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, 2023). Todo esto, no hace más que aumentar la preocupación con respecto a la emisión y efectividad de las políticas públicas para mitigar la violencia de género en Guatemala, como un problema social y cultural preocupantemente arraigado.

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

Por otro lado, el Ministerio Público de Guatemala registró entre 2011 y 2017 cerca de ochenta y cinco mil seiscientos setenta (85,670) denuncias por violencia contra la mujer solo en el Departamento de Guatemala (Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, 2017). Aunque muchas de estas denuncias no están clasificadas según el tipo de violencia, los registros permiten identificar que la violencia psicológica es la expresión de violencia más recurrente (Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, 2017).

El Instituto Nacional de Estadística incluso refiere que en el año 2021 la manifestación de violencia no identificada tuvo la mayor incidencia, seguido de la violencia psicológica, con el 18.2% según información proporcionada por el Ministerio Público (Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, 2023). Mientras que la violencia física acompañada de violencia psicológica representa un 11.1% de los casos. Al menos 28 de cada mil mujeres adultas han sido entonces víctimas de violencia psicológica en ese año (Infosegura, 2021).

Lo preocupante es que, en muchos casos de violencia física, sexual o económica, existe también violencia psicológica, sin embargo, a pesar de ser tan manifiesta muy raramente los juzgadores ponderan la existencia de concurso de delitos o al menos lo utiliza de parámetro para decidir con respecto a la reparación digna e integradora, puesto que en muchas ocasiones las mujeres requieren de atención debido a estrés post traumático.

III. MODELOS PSICOLÓGICOS DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

“El cuerpo no es una cosa, es una situación: es nuestra comprensión del mundo y el esbozo de nuestro proyectos”

(Simone de Beauvoir)

Como se indicaba líneas atrás, las manifestaciones de la violencia contra la mujer suceden de distintas formas, en este apartado se dedicará a entenderlo como un fenómeno tanto social como psicológico.

Desde el modelo conductual se puede definir a la violencia como un acto aprendido a través de prácticas socialmente aceptadas y normalizadas. Instrumentos como películas, novelas, cuentos, narrativas o bien, una crianza dedicada a sembrar ideas tradicionales sobre el amor, pueden llegar a influir sobre los límites de lo que una mujer considera violento o no.

Ahora bien, véase la perspectiva de otro modelo psicológico sobre la violencia contra la mujer. Desde el psicoanálisis también se considera la cultura propia de cada país, y los constructos sociales, sin embargo, lo ve desde una manera quizás más individual tomando en cuenta algo esencial: el lenguaje.

El lenguaje configura nuestra forma de ver al mundo y de relacionarnos con él, y, aun así, hay temas tan estigmatizados que aun hoy en día es un poco difícil tocar, tales como el sexo, la muerte, o el amor. Al ser tan “personales”, e “íntimos” para cada persona, se prefiere pasar por alto estos temas que al final del día son inevitables. Y es que, a pesar de que existan leyes, teoría y marcos de soluciones para ello, todo se ve desde una perspectiva prefabricada, técnica y tradicional. También, desde el psicoanálisis, se encuentra el sentido de lo masculino y lo femenino tanto como biológico, así como constructo social. Desde la subjetividad de cada persona, se ha observado históricamente que muchos hombres parecen rechazar lo que en ellos (socialmente) se asocia con la feminidad, tal como la sensibilidad, el cuidado, la tristeza o la ternura. Así mismo, como una mujer podría rechazar lo que socialmente se le atribuye a lo masculino, como la fuerza o racionalidad.

Una mirada sistémica sobre la violencia contra la mujer resalta un punto muy importante, el poder. El amor como forma de poder puede llegar a ser positivo si se trata de crecimiento o influencia sobre la vida del otro, pero puede llegar a ser negativo si se ve con el objetivo de someter al otro e imponerle la propia voluntad ante su existencia.

IV. PERFIL DE LA VÍCTIMA DENTRO DE LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA

A diferencia del apartado anterior (IV), en este punto es relevante establecer efectos psicológicos de cualquier tipo de violencia de género.

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

La violencia y los desequilibrios de poder afectan negativamente a la salud mental de las mujeres víctimas (Stewart, 2013). Por ejemplo, la exposición a la violencia interpersonal aumenta el riesgo de suicidio entre jóvenes y adultos jóvenes (Kalt, 2013).

La violencia de pareja y sexual son las formas más comunes de violencia en contra de la mujer en todo el mundo (Oram, 2013). En la UE, la violencia física y sexual por parte de una pareja o cónyuge actual o anterior es la forma más frecuente (FRA, 2014) de violencia de género. Más de una de cada cinco mujeres (22%) lo ha sufrido (FRA, 2014).

Las diferentes formas de violencia de género conducen sistemáticamente a una variedad de enfermedades mentales a nivel mundial, incluidas la ansiedad, la depresión, el suicidio, el estrés postraumático y el abuso de sustancias.

La más reciente encuesta sobre derechos fundamentales de la FRA muestra que los incidentes de naturaleza sexual, en particular, tienen un profundo impacto psicológico a largo plazo en las víctimas: el 50 % de las mujeres víctimas se sienten ansiosas, el 49 % se sienten vulnerables, el 39 % pierden la confianza y el 36 % están deprimidas. Otros efectos incluyen que el 35 % de las mujeres víctimas tengan dificultades para dormir y el 33 % sufran ataques de pánico (FRA, 2021).

Las investigaciones sobre víctimas de violencia de pareja (física, psicológica y sexual) revelan el impacto del abuso en el desarrollo de problemas de salud mental. Entre ellos se encuentran los trastornos relacionados con traumas y factores estresantes, los trastornos alimentarios y de adicción, el insomnio, la depresión y las tendencias suicidas (Campbell, 2002)

Sin embargo, el trastorno de estrés postraumático (en adelante TEPT) es el problema de salud mental más común entre las mujeres víctimas de violencia de pareja (Chandan J. S., 2019). La probabilidad de consumo de drogas psicotrópicas, así como de malestar psicológico, aumenta con la duración de la violencia a lo largo de la vida (Dammeyer J., 2018).

Las mujeres que han experimentado recientemente episodios graves de violencia generalmente experimentan niveles más altos de angustia (Hegarty K. L., 2010); estos niveles disminuyen con el tiempo, independientemente de si a las

mujeres se les ofrece tratamiento o no (Coker AL, 2002). Algunas víctimas todavía experimentan altos niveles de angustia psicológica y síntomas relacionados con el trauma años después (Riedl D., 2019), lo que demuestra los efectos duraderos de la violencia de pareja en la salud mental (Campbell, 2002).

Los servicios de salud deben considerar los síntomas de enfermedad mental como un indicador potencial de violencia pasada o actual por parte de la pareja o de violencia doméstica fuera de la pareja (Riedl D., 2019). También es necesario incluir varios "factores de riesgo" en cualquier análisis de la relación entre la violencia de pareja y la salud mental: género, nivel socioeconómico, edad, red social y familiar, problemas previos de salud mental y abuso durante la infancia (Abrahams N, 2014).

Por lo tanto, los servicios de salud mental deben ser conscientes de la violencia interpersonal experimentada y perpetrada por mujeres y hombres, y proporcionar servicios transversales y sensibles al género para abordarla (Oram, 2013).

La violencia y el acoso en el trabajo también pueden provocar una mala salud mental (N., 2015). El acoso sexual en el lugar de trabajo es una forma de violencia de género que a menudo se descuida y recibe respuestas organizativas inadecuadas. Más de una de cada tres mujeres es víctima de ello (Sprague S., 2012). Es probable que sufran problemas psicológicos como depresión, ansiedad y trastorno de estrés postraumático (Sherin K. M., 1998). Incluso después de eliminar la amenaza, es probable que las víctimas muestren angustia psicológica años después (Sarkar, 2008), ya que el acoso sexual actúa como un factor estresante crónico.

Con la digitalización han surgido nuevas formas de violencia de género. La ciber violencia contra las mujeres está aumentando y extendiéndose, incitada por el anonimato que se otorga a los agresores, lo que les permite perpetrar violencia con relativa impunidad (Watts C., 2002).

Las mujeres más jóvenes, las principales usuarias de las redes sociales, se ven afectadas de manera desproporcionada (Watts C., 2002). La ciber violencia abarca el ciberacoso, la piratería informática, la suplantación de identidad, el acoso y el

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

abuso sexual basado en imágenes. Cada uno de estos puede adoptar innumerables formas.

Por ejemplo, el abuso sexual basado en imágenes incluye pornografía de venganza, *upskirting* (tomar fotografías secretas y sexualmente intrusivas) y *Photoshopping* sexualizado, así como sextorsión y voyerismo. El aumento de la actividad en Internet durante la pandemia de COVID-19 ha ido acompañado de un fuerte aumento de la ciber violencia, que reduce la autoestima de las víctimas y exagera su angustia al interactuar con otras personas en línea.

Las víctimas de la ciber violencia pueden experimentar como resultado problemas de concentración, estrés, ansiedad, depresión y ataques de pánico, y pueden sentirse impotentes, pesimistas sobre el futuro e incapaces de controlar sus propias vidas.

V. LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN OTROS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

“Lo importante no es discutir si existe o no existe el cielo; lo importante es que debemos terminar con este infierno.”

(Carlos Mugica)

En la vida, muchas de las cosas más terribles ocurren en silencio. La violencia psicológica individualmente considerada o las secuelas psicológicas en las víctimas de violencia, suele ser más perniciosa en muchos casos que la violencia sexual, física o económicamente propiamente.

James Ptacek de la Universidad de California en su libro *Social Class and Violence against Women*, describe varios testimonios de mujeres sobre como las hicieron sentir ataques verbales. La mayoría de las mujeres hablaron de depresión, una en concreto mencionó que:

“[Él] era la única persona que podía descomponerme por completo como una masa de jalea, sollozando en el suelo, en la esquina. Prefería el daño físico que el emocional, porque ese era irremediable”. (Habían pasado quince años desde que se divorció).

Dicha investigación reveló una fuerte conexión entre la violencia íntima, la depresión y el suicidio entre las mujeres entrevistadas. Al menos diez mujeres

consultadas sobre las secuelas psicológicas del entorno de violencia que padecieron habían pensado en el suicidio o en autoflagelarse. Para las mujeres que eran madres, una forma singularmente poderosa de maltrato psicológico era amenazar con quitarles la vida a los niños. La mayoría de los padres hicieron estas amenazas.

En este tipo de casos hay dos problemáticas muy graves en las que incurren los órganos jurisdiccionales. La primera es creer que cada una de las tipologías de violencia en contra de la mujer es excluyente una de otra, la segunda es hacer caso omiso al impacto psicológico de toda mujer al sufrir todo tipo de violencia especialmente al momento de establecer indemnizaciones, considerando especialmente que muchas de estas secuelas no se manifiestan inmediatamente, si no de forma progresiva.

Conviene entonces hacer un análisis de los supuestos en los que se presentan concursos reales e ideales de delitos, concretamente siempre que exista violencia psicológica.

1. Violencia psicológica en concurso real de delitos

Aunque hay casos en los que únicamente puede hablarse de secuelas psicológicas en la víctima, aspecto que debe ponderarse al momento de resolver sobre la reparación digna e integradora, en muchos otros, varias acciones constituyen diversas tipologías de violencia de género.

Así, se presentan supuestos en los que el agresor empieza con acciones constitutivas de violencia psicológica como amenazas, desprecio, manipulación va degenerando hasta convertirse en violencia física, sexual, económica o en el peor de los casos: femicidio.

Constituyendo cada acción un delito independiente y no simplemente un medio para llegar a otro tipo de violencia. Es importante entonces hacer un análisis de los hechos concretos para percatarse que los agresores tienen líneas independientes de violencia, que pasan totalmente desapercibidos al analizar los hechos en concreto por los órganos jurisdiccionales, cuestión que se refleja en condenas demasiado benignas para los agresores que propician únicamente la repetición y el ensañamiento en contra de sus víctimas.

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

Aspecto del cual no se puede desajenar el aparato público, puesto que las víctimas suelen acudir ante instituciones de atención, policía, ministerio público, etcétera... con denuncias de violencia psicológica, las cuales son desatendidas plenamente y al encontrarse en desprotección, los eventos pueden generar violencia que ponga en peligro la integridad física de la denunciante.

Uno de los problemas de la violencia psicológica es que tiende a no ser denunciada, por una infinidad de razones como la dependencia económica, miedo a represalias, miedo al futuro, preocupación por los hijos, aislamiento social e incluso miedo a la opinión pública.

Es importante entonces que se incorpore esta experiencia en la estructura psicológica de cada caso bajo análisis, para absorber e interiorizar aquellos actos de los cuales ya se ha sufrido. Aunado a la importancia que en el proceso tiene el testimonio de la víctima y el peritaje psicológica, que permitirá determinar si la violencia psicológica también se encuentra presente y sea necesario en consecuencia incluir el tipo penal, en caso no se le haya imputado al agresor.

La crueldad psicológica de los hombres se ha enmarcado como un ataque a identidades de las mujeres. Todo deriva de que los hombres en muchas ocasiones consideran que sus novias y esposas no cumplen con las expectativas culturalmente elevadas de la feminidad, ilustrando el poder de la cultura patriarcal.

Esta es la otra cara de los esfuerzos de muchos hombres por el autorreconocimiento masculino, el daño del abuso psicológico directo o indirecto es extenso, si no es que duradero. Si de verdad se prestará atención a la violencia psicológica, no se llegaría al femicidio, este es el último eslabón de una larga cadena de violencia.

Sin embargo, se incentiva a que, de acuerdo a los hechos del caso en concreto, se ponderé el concurso real de delitos, aunque mucho de los problemas se deriva de que las legislaciones suelen abordar la violencia psicológica, física, sexual, económica como una modalidad de lo que engloban como “violencia en contra de la mujer”, lo que legalmente impediría la apreciación de un concurso real de delitos “puro” y se impongan penas más fuertes.

Mención especial merece la legislación colombiana sobre la materia, que prevé la posibilidad de imputar la violencia psicológica en contra de la mujer “ante cualquier forma de atentar contra su autodeterminación o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”. Extremo que tiene implícito cualquier modalidad de violencia previa, sin que la afectación a la salud psicológica sea abordada como un simple parámetro para resolver sobre la reparación digna.

2. Secuelas psicológicas en otras tipologías de violencia de género

Hay consecuencias psicológicas para todas las formas de abuso, incluyendo abuso físico, sexual y económico.

Uno de los derechos con mayor relevancia que debe garantizar el Estado a través de la administración de justicia, es una justa reparación integral, pues:

“la obligación de reparar supone la existencia de una lesión o un quebrantamiento a un derecho. De ahí que la reparación se refiere a todas aquellas medidas que se toma con el fin de restituir derechos y, además, mejorar la situación de las víctimas de un daño” (Polo, 2011)

En esa línea, la violencia de género se asocia con diversas consecuencias a corto plazo y consecuencias a largo plazo para el bienestar general y psicológico de las víctimas. Sin embargo, es posible que estas consecuencias no sean evidentes de inmediato. Comparado para otras formas, la afectación psicológica es más difícil de identificar; en consecuencia, se encuentra menos reportado.

La reparación debe estar incluida en la decisión judicial, al dictarse sentencia, y su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y al daño ocasionado. Pudiendo adoptar cualquiera de las siguientes formas: i) la restitución; ii) la rehabilitación; iii) la indemnización de daños materiales e inmateriales; iv) medidas de satisfacción o simbólicas; v) garantías de no repetición.

En el contexto de tipologías de violencia como la física, sexual o económica, resulta indispensable para ponderar la reparación digna el informe pericial aportado al proceso. Puesto que con base al mismo el juzgador podrá determinar el alcance

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

de dicha reparación y en casos en los que se le imputa al agresor la violencia psicológicamente propiamente, la gravedad del delito.

Del análisis jurídico comparativo que se realizó, la legislación ecuatoriana y la nicaragüense son las únicas que establecen la estratificación de los daños ocasionados y ésta última, los parámetros para su valuación. Por lo que en estos ordenamientos la decisión sobre la reparación no debería representar mayor inconveniente.

VI. CONCLUSIÓN

La violencia psicológica en contra de la mujer es un problema de salud pública y una violación a los Derechos Humanos, que perjudica en particular, los derechos de las mujeres a la vida, a la libertad y la somete a otras formas crueles, inhumanas o degradantes, y a los más altos estándares posibles de salud física y mental.

Es por ello por lo que, es relevante reconocer que la violencia psicológica en contra de la mujer es un problema importante, determinante en el desarrollo de muchas niñas y adolescentes. Así como en los efectos post violencia sexual, física, económica que debería ser ponderando por los órganos jurisdiccionales para indemnizar y reparar digna e íntegramente a las víctimas.

Desafortunadamente, muchas legislaciones latinoamericanas, como se ha constatado desarrollan la temática de forma vacua, exclusiva a relaciones afectivas y sin considerar que la violencia de género, incluida la violencia psicológica puede presentarse en cualquier contexto social, en cualquier relación interpersonal.

En ese sentido, legislaciones como Nicaragua y Ecuador incluyen estándares para ponderar la naturaleza del daño con base a la gravedad de la violencia psicológica, pero en el caso de Nicaragua, especialmente tomando en consideración el grado de tratamiento al cual debe someterse la víctima. Colombia, sin embargo, regula la violencia psicológica por sí sola, así como aquella acompañada por otras modalidades de violencia de género, por lo que cabe la posibilidad de que exista algún tipo de concurso de delitos.

En México y en Venezuela la violencia de género ha sido definido como un problema social, cultural y su redacción denota la preocupación del aparato público por combatirlo y extirparlo. Todo ello tomando en consideración casos como

Campo Algodonero vs México, que denoto la violencia sistemática en contra de la mujer en dicho país.

Sin embargo, en cualquier legislación, en cualquier caso, es claro que los informes periciales constituyen la prueba esencial para acreditar la existencia de violencia psicológica y el grado de afectación en cada víctima. Es por ello por lo que cada órgano jurisdiccional no debería hacer caso omiso a cada una de las conclusiones que los profesionales en la materia arriben.

Los profesionales de salud mental tienen un papel importante para proteger los derechos de las mujeres a estar libres de violencia basada en género, pudiendo emplear servicios primarios, secundarios y terciarios. El tratamiento de los agresores puede entonces prevenir femicidios, violencia futura y también mejoraría la salud de las víctimas en casos en donde se pondere como parte de una reparación digna e integral.

La evaluación de riesgos debería incluir un enfoque en el riesgo de violencia doméstica, abuso y violencia sexual a la mujer y sus familiares. Esto tomando en consideración la cultura de discriminación por razón de género en muchos países latinoamericanos.

Los Estados están obligados a prevenir la violencia contra las mujeres y proteger las víctimas, y deberían proporcionar financiación para investigaciones y servicios acordes con el costo de la violencia contra las mujeres para la salud y el bienestar de éstas y las generaciones futuras. Así, la Convención *Belém do Para* exige que los Estados adopten las medidas legislativas y de otro tipo, necesarias para garantizar que las víctimas de todas las formas de violencia contra mujer tengan acceso a servicios de salud mental, social y especializada. Así como asegurar que las instituciones cuenten los recursos adecuados, que los profesionales estén capacitados para ayudar a las víctimas en casos de denuncia y solicitud de atención.

En suma, la evidencia muestra al menos para algunas condiciones, que existe una asociación causal bidireccional entre desórdenes mentales y violencia o abuso de género. Hay un alto grado de superposición entre los tipos de abuso experimentado, así la violencia física experimenta alguna forma de violencia psicológica, la violencia sexual degenera en estrés postraumático y así, quienes

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN CONTRA MUJER

experimentan varios tipos de violencia o más de una forma de abuso están en mayor riesgo de padecer trastornos mentales y comorbilidad.

REFERENCIAS

- Abrahams N, D. K. (2014). *Worldwide prevalence of non-partner sexual violence: a systematic review*. *Lancet*.
- Campbell, C. J. (2002). *Health consequences of intimate partner violence*. *Lancet*.
- Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. (2017). *Los delitos contra la mujer en Guatemala con énfasis en el delito de femicidio*. CIEN.
- Chandan J. S., T. T.-J. (2019). Female survivors of intimate partner violence and risk of depression, anxiety and serious mental illness. *The British Journal of Psychiatry*., 1-6.
- Coker AL, D. K. (2002). Physical and mental health effects of intimate partner violence for men and women. *Am J Prev Med*, 23, 260-268.
- Comisión de la Condición de la Mujer ONU. (2022). Definición de violencia psicológica: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>
- Dammeyer J., & C. (2018). A national survey on violence and discrimination among people with disabilities. *BMC Public Health*, 18(1).
- FRA. (2014). *Violence against women: A European survey*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights.
- FRA. (2021). *Violence against women: A European survey*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights.
- Godbout, N. (2019). Godbout N., Vaillancourt-Morel M. P., Bigras N., Intimate partner violence in male survivors of child maltreatment: A meta-analysis. *Godbout N., Vaillancourt-Morel M. P., Bigras N., Briere J., Hebert M., Runtz M., & Sabourin S. (2019). IntimaTrauma, Violence & Abuse*, 20(1), 99-113.
- Halim, N. (2017). Halim N., Beard J., Mesic A., Patel A., HIntimate partner violence during pregnancy and perinatal mental disorders in low and lower middle income countries: A systematic review of literature. *Clinical Psychology Review*, 1990-2017.
- Hegarty K. L., G. J. (2010). Women's evaluation of abuse and violence care in general practice: a cluster randomised controlled trial (weave) . *BMC Public Health*, 10, 2, 10(2).

TAHAY ROMAR MIGUELANGEL & MIRANDA REZZIO FLOR DE
MARÍA

- Infosegura. (2021). *Infosegura. Infografía Violencia Contra la Mujer*: <https://infosegura.org/sites/default/files/2023-06/infografia-violencia-contra-la-mujer-2021.pdf>
- Instituto Europeo para la Igualdad de Género. (2023). *Necesidad de uniformar el delito de violencia psicológica y estadísticas*. Consejo de la Unión Europea.
- Instituto Nacional de Estadística de Guatemala. (2023). *Estadísticas de Violencia en Contra de la Mujer y Violencia Sexual*. INE.
- Kafka, F. (1914). *Ante la Ley*. Fundación Carlos Slim.
- Kalt, A. (2013). Asylum seekers, violence and health: a systematic review of research in high-income host countries. *Am J Public Health, 103*, 30-42.
- N., S. (2015). Intimate partner violence: prevalence, health consequences, and intervention. *The Medical Clinics of North America, 99*(3), 629-649.
- Oram, S. (2013). Domestic violence and perinatal mental disorders: a systematic review and meta-analysis. *PLoS Med, 10*, 100-142.
- Organización de las Naciones Unidas. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 4 al 15 septiembre de 1995*. Naciones Unidas.
- Organización Mundial de la Salud. (2002). *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*. Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud.
- Polo, M. (2011). *Reparación Integral en la justicia constitucional*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Riedl D., B. T. (2019). Violence from childhood to adulthood: The influence of child victimization and domestic violence on physical health in later life. *Journal of Psychosomatic Research, 116*, 68-74.
- Sarkar, N. (2008). The impact of intimate partner violence on women's reproductive health and pregnancy outcome. *Journal of Obstetrics and Gynaecology. the Journal of the Institute of Obstetrics and Gynaecology, 28*(3), 266-271.
- Sherin K. M., S. J. (1998). HITS: a short domestic violence screening tool for use in a family practice setting. *Family Medicine, 30*(7), 508-512.
- Sprague S., M. K. (2012). Barriers to screening for intimate partner violence. *Women & Health, 52*(6), 587-605.
- Stewart, D. (2013). Intimate partner violence. *Can J Psychiatry, 58*, 1-15.
- Watts C., & Z. (2002). *Violence against women: Global scope and magnitude*. Lancet.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL, PERSPECTIVAS DESDE H. L. A. HART.

*"Human rights and the minimum content of natural law: perspectives from
H.L.A. Hart"*

FRANCISCO RAÚL MATUS RAMÍREZ¹

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

RESUMEN

Uno de los temas que más reflexiones suscita en la actualidad son los derechos humanos, sin embargo, es habitual encontrar en torno a su análisis posturas antagónicas con respecto a su definición, naturaleza deontológica, estructura ontológica y las implicaciones que éstos tienen en el derecho internacional. Para alcanzar una noción integral de los derechos humanos deben considerarse distintas perspectivas. Es indispensable hacer una consideración histórica de los derechos humanos, a fin de determinar los antecedentes que han servido de base para su origen, pues una vez identificada la línea genética de donde emanan dichas prerrogativas, es más sencillo identificar su naturaleza ontológica.

Al analizar los derechos humanos desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica, identificamos como elementos indispensables de su núcleo ontológico los derechos subjetivos y la norma, características que en cierta medida han compartido históricamente con los derechos naturales y los derechos del hombre. El núcleo deontológico de los derechos humanos, analizado desde la ética en la filosofía práctica, encuentra en el derecho subjetivo el contenido mínimo del derecho natural, propuesto por Hart, aspecto que determina su correlatividad con la formalidad y la obligación jurídica y funge como medida indispensable para la positivización de los derechos humanos.

¹ 9901026d@umich.mx

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Palabras clave: Derechos humanos, teleológico, núcleo deontológico, derecho subjetivo, derecho natural.

ABSTRACT

One of the topics that currently provokes the most reflection is human rights; however, it is common to find antagonistic positions regarding its analysis regarding its definition, deontological nature, ontological structure, and the implications that these have in international law. To achieve a comprehensive notion of human rights, different perspectives must be considered. It is essential to make a historical consideration of human rights, to determine the antecedents that have served as the basis for their origin, since once the genetic line from which these prerogatives emanate is identified, it is easier to identify their ontological nature. When analyzing human rights from the analytical dimension of legal dogmatics, we identify subjective rights and norms as indispensable elements of their ontological core, characteristics that to a certain extent have historically been shared with natural rights and human rights. The deontological core of human rights, analyzed from ethics in practical philosophy, finds in subjective law the minimum content of natural law, proposed by Hart, an aspect that determines its correlation with formality and legal obligation and serves as an indispensable measure. for the politicization of human rights.

Keywords: *Human Rights, Teleological, Deontological Core, Subjective Right, Natural Law.*

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas jurídicos más analizados, y a su vez, con menos certezas teóricas en la actualidad son los derechos humanos, pues aun cuando han sido motivo de

numerosas reflexiones por distintas disciplinas, no ha sido factible determinar un concepto unívoco de ellos, sin embargo, un rasgo común que tiene la mayoría de las reflexiones en torno a los derechos humanos ha sido la correlación que se advierte en ellos entre el deber y la moral.

Para efectuar un análisis conceptual de los derechos humanos como parte de un sistema jurídico positivo, la vía idónea es a través de la perspectiva sistemática-conceptual que propone la dimensión analítica de la dogmática jurídica (Alexy, 1993, pp. 29,30), no obstante, al hablar de los derechos humanos no podemos limitarnos al estudio de su estructura jurídica normativa desde la perspectiva positiva, sino que se debe considerar de forma extensa e integral su naturaleza ontológica, por lo que resulta imprescindible analizar además, su núcleo deontológico a través de la ética en la filosofía práctica y la forma en que los derechos humanos permean la esfera jurídica de los individuos.

La idea de derechos humanos ha sido motivo de posturas teóricas antagónicas, por un lado hay quienes consideran a los derechos humanos como una noción con sustento deontológico complejo y para otros sólo se trata de elementos retóricos utilizados por la política global o incluso como forma de colonizar a través del derecho (Beitz, 2012, p. 37); asimismo, para algunos teóricos los derechos humanos no pueden considerarse fidedignos derechos por su imposibilidad de ser garantizados y menos de forma universal como se pretende, mientras que para otros cada vez se encuentran mecanismos internacionales más efectivos para su cumplimiento.

Aun y pese a las diversas posturas teóricas antagónicas, es innegable la existencia jurídica de los derechos humanos, tanto en el derecho fundamental de la mayoría de los países, como en el derecho internacional, por tanto, para tener un panorama general de la idea de derechos humanos, en un primer momento identificaremos la estructura sistemática-conceptual que los integra, atendiendo a su naturaleza ontológica, esto, desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica, la cual funge como ciencia del derecho, y en un segundo momento, formularemos un análisis desde la perspectiva deontológica propuesta por la ética en la filosofía práctica.

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

No es tarea fácil analizar los derechos humanos a partir de dos ámbitos filosóficos tan distantes teóricamente como lo son la filosofía reflexiva y la filosofía analítica, sin embargo, para examinar los elementos que integran a los derechos humanos es necesario echar mano de las distintas disciplinas que puedan permitirnos identificar elementos claves de su estructura ontológica, por tanto, es a través de la filosofía del positivismo sofisticado desde Hart, que advertimos un puente teórico entre lo analítico y lo reflexivo, pues dicha perspectiva si bien es iuspositivista, ha hecho concesiones teóricas al iusnaturalismo al aceptar la existencia de un contenido mínimo del derecho natural en la ley, permitiéndonos considerar una continuidad entre la deontología y la norma.

La noción de derechos humanos es un constructo que corresponde al siglo XX, pues es a partir de eventos cronológicos terribles como las guerras mundiales y el holocausto que se forja el esfuerzo teórico y jurídico a nivel mundial, para formular un conjunto de conceptos y estructuras jurídicas que permitieron la positivización de nuevas prerrogativas en el sistema jurídico internacional, sin embargo, debe advertirse que parte de la naturaleza ontológica de los derechos humanos es su atemporalidad, por lo tanto, deberíamos inferir que los derechos humanos en esencia comparten gran parte de sus elementos ontológicos y deontológicos con los derechos naturales y los llamados derechos del hombre.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es indispensable identificar la evolución histórica, teórica e ideológica que ha dado lugar a la idea que actualmente hemos formado de los derechos humanos. Gracias a la perspectiva histórica, podemos advertir que si bien, la noción de derechos humanos, derechos del hombre y derechos naturales no pueden ser consideradas como sinónimos estrictamente, tienen en sí mismos núcleos ontológicos similares.

Definitivamente un factor histórico determinante para la consolidación del constitucionalismo y por consecuencia de los derechos humanos, fue el proceso de distinción entre “ética pública y ética privada” (Peces-Barba, 1998, p. 8), la secularización y el antropocentrismo desde una perspectiva racional en el derecho, dieron los primeros esbozos teóricos de los derechos del hombre, basados en los

derechos naturales que como nociones ancestrales y rústicas fungieron como un cimiento genético primigenio.

Los derechos humanos tienen como elemento histórico contingente el nacimiento del Estado moderno y del capitalismo, pues dicho régimen logró sostener sus fines a partir de la positivización de las pretensiones básicas de la fuerza laboral, a través del sistema normativo legal, lo que permitió el desahogo parcial del Estado, pues, a diferencia del Medievo, los subyugados no observan mandatos de individuos específicos, sino a un orden impersonal de naturaleza jurídica que emerge como sistema, dando lugar a la norma marco (Weber, 2014, Capítulo III).

El moderno capitalismo, específicamente occidental, fue preparado en las asociaciones *urbanas*, específicamente occidentales, administradas de un modo (relativamente) racional, y de cuya peculiaridad se tratará luego; se desarrolló de los siglos XVI al XVIII dentro de las asociaciones políticas *estamentales* holandesas e inglesas caracterizadas por el predominio del poder y los intereses lucrativos burgueses... (Weber, 2014, p. 268).

La falta de retribución advertida en la interacción entre el Estado y los sujetos previo al surgimiento del constitucionalismo, evidenciada en la vulneración reiterada las libertades y derechos de los individuos, lo que originó la necesidad de formar equilibrios entre el poder del Estado, las libertades individuales y las retribuciones en el aspecto funcional por parte del Estado para regular las relaciones sociales

La formación paulatina de contrapesos y equilibrio entre el poder estatal y los individuos se ha advertido como expresión evolutiva en la ley fundamental,² pues el poder estatal legitimado mediante un sistema jurídico reconoce prerrogativas en el individuo y raciona el poder, dando lugar al modelo constitucional del Estado occidental actual.

² El constitucionalismo no es un fenómeno idéntico en todos los países, de igual forma los resultados y las formas de gobierno de cada Estado son muy diferentes, sin embargo, el factor común que comparten las naciones con una Constitución es la necesidad de generar equilibrios y contrapesos entre el poder público y las libertades individuales, así como la necesidad de mejorar el funcionamiento del Estado.

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

El amanecer del constitucionalismo fungió como base para los derechos considerados, hasta entonces, como naturales dando énfasis a la igualdad, la libertad y la democracia, prerrogativas que hicieron frente a la arbitrariedad y el despotismo (Jiménez Asensio, 2003, p. 24), dando lugar a nuevas ideologías y cambios culturales profundos.

La Declaración de Virginia de 1776, sentó las bases de los derechos del hombre, introduciendo en artículo primero los principios ideológicos de la Ilustración:³

...I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad (Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, 1776, Artículo1).

Los derechos del hombre fungen como sucesor legítimo de los derechos naturales, con la promesa de progresividad por su sustento jurídico positivo, pero también por toda la ideología individualista e ilustrada de la época.

La Ilustración atesoró la reflexión racionalizada, la lucha por los derechos (aun en su estado de naturalidad), dando lugar a un cambio social radical “el autoritarismo de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contrapone la soberanía de la Razón, abandonada a su propio juicio” (Peces-Barba, 2001, p. 7).

Hablar de las ideas ilustradas y su influencia plasmada en los derechos del hombre, inevitablemente nos dirige a Francia y a la metamorfosis social dirigida al Estado liberal, el poder personal y la ideología ilustrada, considerando a la ley “como expresión de la razón, como forma de eliminar la arbitrariedad y los privilegios y como expresión de la igualdad cívica” (Peces-Barba, 2001, p. 88).

³ Por Ilustración entendemos al movimiento social, político y cultural que se dio en el siglo XVIII, también conocido como el siglo de las luces, el cual es el tiempo de los derechos, el momento de la maduración del concepto de derechos humanos, aunque todavía no se presentará en toda su complejidad, en la plenitud de todos sus perfiles, etapa en la que el autoritarismo de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contrapone la soberanía de la razón, abandonada a su propio juicio.

Es preciso indicar que, todavía a mediados del siglo XVIII, y aun con toda la efervescencia de la ideología ilustrada, los derechos naturales carecían de obligatoriedad. El iusnaturalismo racionalista acelerará el proceso para el triunfo de la Revolución Francesa, y con ello, la sustanciación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,⁴ en donde los derechos humanos se situarán en el primer bloque.

Uno de los elementos fundamentales que dieron lugar al cambio sistemático conceptual del derecho natural, a los derechos del hombre, fue la idealización teórica sobre una sociedad ordenada y apegada a derecho, Burke, por ejemplo, negaba la existencia de una noción metafísica sobre los derechos naturales, considerándolos como “beneficios prácticos de una sociedad ordenada, como el derecho a la justicia y la seguridad en la propiedad” (Spector, 2005, p.11).

El siglo XIX, marcado por las discrepancias sostenidas entre los fundamentos constitucionales preestablecidos y las nuevas necesidades sociales y políticas, derivadas de la industrialización y los nacionalismos, dieron lugar a nuevas doctrinas teóricas y nociones liberales revolucionarias, que fomentaron la inclusión de derechos sociales, civiles y políticos:

Hijos del siglo de las luces serán la idea de civilización, la crítica social, la relación de la libertad con la ley, el cosmopolitismo, la separación de poderes, el gobierno de las leyes, la idea de constitución, el inicio de la codificación, la generalización de la idea de los derechos naturales, las ideas de sistema y de jerarquía normativa y los valores del liberalismo y de la democracia, la libertad, la igualdad y la fraternidad o solidaridad, que dan un nuevo sentido al valor seguridad que nacen del Estado Moderno (Peces-Barba, 2001, p. 5).

Un período distinguido por los adelantos tecnológicos, los conflictos bélicos mundiales y del desarrollo progresivo del positivismo, fue el siglo XX. En un

⁴ Jellinek defendió la postura de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, no encontraba su fundamento en Rousseau, ni en los pensadores de la ilustración sino en las declaraciones de las Constituciones norteamericanas y en la declaración de los derechos de Virginia. (Jiménez Asensio, 2003, p. 76).

periodo tan hostil y de decadencia respecto a los derechos naturales, difícilmente alguien se preocuparía por teorizar “para la Primera Guerra Mundial difícilmente había teóricos que defendiesen los derechos del hombre sobre la base de la ley natural” (Spector, 2005, p.11).

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, fue evidente que las nociones de los derechos naturales y los derechos del hombre, eran insuficientes para dar respuesta a los retos del siglo XX, por lo que la idea vanguardista de los derechos humanos trataría de enunciar las bases teórico jurídicas y políticas internacionales, que permitieran hacerle frente a los sistemas inmorales impuestos a través de ideologías radicales, o por lo menos, ese fue el discurso de los países dominantes tras la posguerra.

Sucesos como los juicios de Núremberg, denotaron que principios como el *nullum crimen sine lege*,⁵ utilizados como instrumento de defensa, no podían estar por encima de los derechos humanos, toda vez que justificar las acciones por sostenerse en una legalidad groseramente inmoral y con efectos devastadores, no podría servir de defensa frente a los juicios iusnaturalistas internacionales, lo que dio lugar a una nueva época jurídica.

En el siglo XX, maduraron las nociones de la inalienabilidad, inderogabilidad e imprescriptibilidad de los derechos humanos, identificándolos desde la realidad vital de una comunidad y dirigidos a la individualidad, en la que los derechos naturales para todos los seres humanos se han vuelto una prioridad, consideración que va ligada al concepto de universalidad, “ya que en lugar de actuar como principio de legitimidad de un Estado nacional particular, los derechos humanos constituyen un esfuerzo por alcanzar estándares compartidos en una comunidad internacional” (Spector, 2005, p.12).

De esta manera, podemos advertir un proceso cronológico y evolutivo de nociones que están íntimamente ligadas por su estructura jurídico conceptual y deontológica, partiendo desde un primer momento ontológico con los derechos naturales desarrollados en la edad media, siguiendo en un segundo momento con

⁵ Locución latina utilizada para señalar que no hay crimen sin una definición contenida en una ley previa.

los derechos del hombre, encontrando su estación más álgida en la Ilustración y finalizando con un tercer momento en los derechos humanos, mismos que siguen marcando el ritmo en el ámbito jurídico hasta la actualidad.

II. LOS DERECHOS HUMANOS, EL DUALISMO Y EL DERECHO SUBJETIVO

Al momento de estudiar los derechos humanos es imprescindible realizar un análisis conceptual y estructural a partir de la dimensión analítica de la dogmática jurídica, sin embargo, incluso desde ese aspecto que deja fuera valoraciones de carácter moral, nos permite identificar a los derechos subjetivos como elementos torales de la estructura normativa de los derechos humanos. La enunciación de un concepto válido de los derechos humanos ha sido materia de muchas controversias en la actualidad, por lo que, a través de elementos estructurales característicos intentaremos identificar una noción adecuada.

Los dos principales elementos estructurales comunes que encontramos al momento de analizar los derechos humanos desde cualquier perspectiva son los derechos subjetivos y la norma, mismos que forman el núcleo jurídico conceptual básico de cualquier derecho humano; por otra parte, elementos como la universalidad de los derechos y el “status” de personas o ciudadanos pueden considerarse elementos polémicos y accesorios.

Los derechos subjetivos como elementos indispensables de los derechos humanos según la perspectiva sistematica-conceptual, son identificados como un aspecto esencial sea cual sea clasificar que se haga respecto a los derechos humanos, ya sea considerados como “derechos individuales” o “principios objetivos”, hasta su clasificación como “derechos de defensa”, “derechos de participación” o “autorizaciones de participación” (Alexy, 1993, p. 40). }

Cuando se pretende analizar los derechos humanos a través de un aspecto estructural y formal (Ferrajoli, 1999, p. 38), es indispensable considerar el derecho subjetivo, el cual funge como su núcleo intangible y deriva de valores extratemporales y transpersonales de lo moralmente recto.

De esta manera, atendiendo al carácter abierto y vinculante de los derechos humanos, derivados de principios que ofrecen elementos básicos en una norma

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

marco o tratados internacionales, y aún cuando éstos puedan sufrir cambios técnicos, atendiendo aspectos económicos y sociales de adaptación respecto a la evolución histórica del entorno de su aplicación, o incluso, aunque puedan depender de factores externos como la realidad histórica y el nivel de desarrollo cultural, político y económico, el aspecto medular que da origen a los derechos fundamentales debe no cambia sustancialmente.

El primer desafío que se nos presenta al analizar al derecho subjetivo como elemento toral de los derechos humanos, es fijar una postura respecto a la consideración de los derechos humanos como derecho dual o único, así como determinar el tipo de relación que existe entre el derecho positivo y los derechos en abstracto.

Los derechos subjetivos, a partir de una visión dualista, pueden considerarse como un conjunto de pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, que determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto.

La tradición anglosajona, a través del uso del lenguaje ordinario ha tratado de resolver el conflicto sobre la distinción entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, diferenciándolos lingüísticamente al denominar *law*, a lo que en castellano se denomina como derecho objetivo o aquel sistema jurídico positivo y, *right*, que se refiere al derecho subjetivo.

Es importante destacar que no todas las tradiciones teóricas coinciden con la terminología aplicada de forma práctica por la tradición anglosajona en la que se logra separar, por lo menos en sentido lingüístico, el sistema jurídico normativo de los derechos subjetivos, ya que teorizaciones como la kelseniana consideran que el derecho objetivo y el derecho subjetivo se tratan de un solo objeto.

Determinar la existencia o inexistencia de vínculos de dependencia entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, nos ayuda a determinar el tipo de consecuencias jurídicas y teóricas propuestas, tanto por las tesis dualistas, como por las teorías monistas del derecho, mismas que exponen consideraciones de vínculos entre el derecho y la moral “Los derechos se conciben, en el dualismo, como

instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral” (Asis Roig, 2008, p. 391).

Analizar la relación entre el derecho y moral facilita entender a los derechos humanos y formar un concepto en base de su estructura, ya que los derechos humanos como normativas jurídicas creadas recientemente, han adquirido su fundamento en premisas morales, ello, para desvincularse del arraigo religioso de los derechos naturales y con ello, aspirar al elemento fáctico del derecho objetivo que aporta a su exigibilidad diluyendo este dualismo originario.

La consideración de los derechos como instrumentos justificados éticamente convierte el discurso de los derechos en un discurso complejo (empapado de todos los problemas de los discursos morales), pero al mismo tiempo sirve para dotar de fuerza y consistencia a los derechos... E, igualmente para el dualismo, los derechos son instrumentos que se apoyan y necesitan del Derecho, en el sentido de que no cabe hablar de ellos si no encontramos referentes jurídicos que los soporten o, si se prefiere, si no podemos aportar razones jurídicas que sirvan para justificarlos. Y esta relación entre los derechos y el Derecho, de nuevo, suministra complejidad al discurso de los derechos, ya que supone, al menos, defender una determinada concepción del fenómeno jurídico y asignar un papel en su interior a los derechos (Asis Roig, 2008, pp. 391, 392).

Siempre que se habla de derechos humanos, es inevitable traer a la mesa del debate distintas corrientes filosófico-jurídicas que han tenido en la moral y el derecho una materia inagotable de reflexión, tales como el iusnaturalismo y su antagónico, el formalismo; asimismo, y derivado de los contrastes entre dichas corrientes filosóficas, encontramos, tanto la teoría del dualismo que supone la relación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, y en contraposición, el monismo que niega la existencia de dos formas de derechos.

Afirmar que el derecho subjetivo y el derecho objetivo no dependen entre sí, argumentando que la naturaleza metafísica y el nivel axiológico moral del derecho subjetivo, le brinda autonomía y lo coloca en un grado superlativo en orden de importancia frente al derecho objetivo, limita a este último a un simple

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

ordenamiento normativo cuya teleología radica en organizar las relaciones en una sociedad.

Asegurar que el derecho objetivo está supeditado al derecho subjetivo, bajo el argumento cronológico de su creación derivada, parece indicar que éste, tiene el único propósito de proteger lo abstracto o, en sentido opuesto, determinar que el derecho subjetivo debe su existencia a un ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté inserto en él, hace suponer no sólo su codependencia, sino que son la misma figura jurídica.

De ahí que, para determinar la relación de dependencia jurídica entre el derecho objetivo como expresión del derecho subjetivo o, viceversa, o para considerar las implicaciones que tiene la relación de dependencia o autonomía entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, es necesario considerar los factores que determinan la naturaleza tanto de uno, como de otro, sobre todo en los ámbitos conceptual y estructural que, finalmente determinan la forma en que se configura la noción de los derechos humanos.

La relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo,⁶ como ya señalamos, condiciona de forma muy relevante la definición de derechos humanos, por lo que, para lograr teorizar y determinar la estructura conceptual sobre el derecho humano a la salud, debemos establecer en que grado existe preponderancia del derecho objetivo sobre el subjetivo o viceversa, o, determinar si se trata de relaciones de autonomía o subordinación de uno respecto a otro.

Existen múltiples teorías relacionadas con la dualidad entre los derechos objetivos y subjetivos, que incluso pueden ser heterogéneas al interior de una misma escuela, como es el caso del iusnaturalismo (Bobbio, 1991, p. 75), que, “en sus versiones más sofisticadas” (Bix, 2010, p. 67), se parece dirigir a algunas posturas del positivismo, aunque sin renunciar a su clara tendencia teórica que se centra en el derecho natural como fuente del sistema normativo “Para el iusnaturalista, la

⁶ Entenderemos por derecho a aquel sistema jurídico comprendido por normas o enunciados que integran un ordenamiento jurídico vigente, y por derechos, aquellos principios de carácter axiológico, que no necesariamente se encuentran consagrados en normas jurídicas.

fuerza del derecho no es el Corpus iuris, sino ‘la naturaleza de las cosas’” (Bobbio, 1991, pp. 75-78).

Son numerosas las teorías jurídicas naturalistas, que han abordado autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Leibniz, Kant, Pufendorf, Wolff y Thomasius, para mencionar algunos de sus más importantes representantes, sin embargo, dichas teorías, lejos de ser homogéneas, muestran las diversas formas en que se puede comprender el derecho natural,⁷ aunque dicha diversidad, no altera el factor común que comparten dichos autores en relación a la idea de la primacía del derecho natural sobre cualquier otra forma de derecho, que adquiere sentido a través de una ética racional, defendiendo la preexistencia del derecho natural, frente al derecho positivo.

De ahí que, quien se oriente por la teoría del iusnaturalismo, afirma que el derecho objetivo, derivado de los derechos naturales, es un instrumento para su positivización y está subordinada a los derechos subjetivos de los que emana.

En su contraparte, las teorías del monismo entienden el derecho como una unidad, pero se centran en suprimir a los derechos naturales, al derecho subjetivo o todo aquel sistema regulador que tenga connotaciones axiológicas o características de derecho primigenio, reduciendo a los derechos subjetivos como meras herramientas retóricas de justificación para el derecho positivo.

El derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino el Derecho objetivo mismo en tanto que se dirige contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a disposición del mismo (facultad). Una vez reducido de ese modo el derecho

⁷ Sobre la pluralidad de autores y corrientes dentro del iusnaturalismo, Bobbio hace una revisión histórica que va desde Pufendorf a Kant: “Bajo la etiqueta de ‘escuela del derecho natural’ se esconden autores y corrientes muy diferentes: grandes filósofos como Hobbes, Leibniz, Locke, Kant, que se ocuparon también aunque no principalmente, de problemas jurídicos y políticos, encuadrables en corrientes de pensamiento diferentes e incluso opuestas, como Locke y Leibniz, como Hobbes y Kant; juristas-filósofos, como Pufendorf, Thomasius y Wolff, también con divergencias sobre puntos esenciales de la doctrina (a título de ejemplo, Wolff es considerado como anti-Pufendorf); profesores universitarios, autores de tratados escolásticos que después de sus discípulos, quizá nadie ha vuelto a leer; y finalmente, uno de los más grandes escritores políticos de todos los tiempos, el autor del Contrato Social” (Bobbio, 1991, p. 74).

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

subjetivo al objetivo, una vez que aquél se deja absorber por éste, se excluye la posibilidad de todo abuso ideológico (Kelsen, 1990, p.43).

No sólo el positivismo Kelseniano niega el dualismo, afirmando que el derecho positivo no se reduce a penalizar los actos ilegítimos o despreciables, sino que legitima en si mismo tanto la norma como el acto.

Por su parte, la teoría del utilitarismo presenta una clara aversión por la influencia religiosa en los sistemas normativos, denotando su postura dirigida a anular las referencias orientadas a los derechos subjetivos, argumentando que cualquier derecho, lejos de ser importante en relación a su naturaleza, debe orientarse a aquello que sea provechoso para la sociedad.

Dicha postura práctica, muestra poco interés por el origen de las prerrogativas, prefiriendo atender a los resultados que sean favorables para la consecución del fin, de ahí que Bentham niegue la existencia de los derechos naturales, determinando que ningún precepto debe hacer contrapeso a lo legal (Bentham, 1843, p.500).

Es sumamente complejo considerar una postura teórica en relación al dualismo y el monismo, sin embargo, tomando en cuenta que se tratan de consideraciones de índole aporético, nos decantaremos por considerar la teoría del dualismo para efectos de nuestro análisis, por lo que consideramos que los derechos humanos no sólo deben considerarse desde el ámbito objetivo, sino que dentro de su núcleo ontológico obra un derecho subjetivo, mismo que ha estado presente, como un común denominador desde los derechos naturales, los derechos del hombre y finalmente los derechos humanos.

Los derechos subjetivos por sí mismos pueden ser considerados como estructuras caracterizadas por su orientación ética y moral a la articulación de una intencionalidad proyectada en normas, mismas que son caracterizadas por la pretensión de universalidad y un efecto restrictivo, esta perspectiva nos indica la existencia de tres elementos centrales, la teleología, la deontología y el derecho.

Los derechos subjetivos fungen como eslabón teórico entre lo deontológico y lo jurídico, sin embargo, dada la complejidad de las posturas antagónicas que suscitan debates entre las perspectivas meramente positivas y las posturas

radicalmente iusnaturalistas, debemos formular un análisis deontológico que nos permita considerar la existencia de los derechos subjetivos como elemento toral de los derechos humanos.

III. PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos como concepto jurídico usualmente son analizados a través de perspectivas positivistas, profesionalizantes y analíticas para contribuir con fines prácticos a su reconocimiento. La tendencia teórica positivista contemporánea ha evidenciado poco interés sobre el estudio del núcleo deontológico de los derechos humanos y la forma en que dicho núcleo permea la realidad vital e histórica de una comunidad política (Hart, 1963, pp. 64-76).

Para abordar el análisis del semblante deontológico de los derechos humanos nos centraremos en la filosofía reflexiva, misma que encuentra su desarrollo contemporáneo en la fenomenología, y que, desde de una orientación hermenéutica propuesta por Ricoeur, nos posibilitará un método idóneo para nuestro estudio.

La deontológica como una teoría ética que estudia los deberes, como normas morales y reglas de conducta, debe analizarse desde la *praxis*, misma que abordaremos a partir de lo que Paul Ricoeur identifica como una continuidad entre la tradición aristotélica teleológica y la tradición kantiana deontológica.

La ética y la moral son nociones que, pese a su origen etimológico diverso, suelen estar identificados de forma equivalente como costumbres, sin embargo, para efecto de continuar con el proceso de análisis sobre la continuidad entre la teleología y la deontología, entenderemos a la ética como aquello que es estimado como bueno, y la moral, a partir de lo impuesto como obligatorio.

En Aristóteles, el *telos*, es identificado como aquella tendencia de la cosa hacia su propio fin, el cual, a su vez, es su propio bien. Para Aristóteles el fin el ser humano, es decir, su propio bien se encuentra en la *eudaimonía* (Aristóteles, 1985, pp. 243-245), entendida a partir de ideas como tender a la vida buena, pero no individual sino a través y desde las polis.

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

La deontología por su parte, abordada desde la *Moralität* kantiana como una moral del individuo, tiene en la universalidad y la restricción sus dos características principales, misma que se integra de tres momentos fundamentales: la inclinación, la máxima y el imperativo categórico.

Tender a la vida buena como el *telos* y la restricción como la norma del individuo, trasladado a las polis, es lo tenido por bueno y lo tenido por obligatorio y justo de un pueblo, sin embargo, dicha postura está lejos de perfeccionarse en el ámbito de lo teórico, pues es con la *praxis* que el proceso cobra su propia intencionalidad viva, cada vez y en cada momento.

La intencionalidad ética entendida a partir de la *praxis* expone tres principios fundamentales (Ricoeur, 1996, pp. 173-212), en donde tender a la vida buena funge como el primero de ellos. Con el vivir bien *eudaimónico* desde el *telos*, al traducirlo a la perspectiva de los derechos humanos, se puede advertir aquel estado óptimo del individuo, un estado de bienestar y de satisfacción que sólo puede ser a través de la solicitud en la *polis*, por lo que esa relación de con y para el otro funge como eslabón para el segundo de los momentos ontológicos de la intencionalidad ética.

El segundo principio de la intencionalidad ética es la solicitud, pues es sólo a partir del otro y mediante la deliberación y la *phronesis* en una *polis*, que se puede aspirar al vivir bien. La solicitud a su vez funge como enlace entre la aspiración del vivir bien y las instituciones justas, mismas que deben obrar a favor de ese mismo fin.

Las instituciones justas en Ricoeur se entienden como estructuras autopoieticas, es decir, como sistemas cerrados que integran configuraciones complejas que interactúan en sí mismas, por lo tanto, dichas instituciones que superan las estructuras burocráticas habitualmente conocidas, se edifican con independencia y más allá de las relaciones que fraguan en la propia institución, sin embargo, dichas instituciones como estructuras del vivir bien, juntos cada vez, rebasan las relaciones de los participantes, pero no puede vivir sin ellas.

Los derechos humanos comparten con las instituciones justas su fundamento teleológico que tiende al vivir bien, a través de la solicitud y en instituciones justas, que, si bien puede parecer una analogía burda y sesgada por el tipo de noción

filosófica aristotélica, no deja de tener elementos muy similares como son su finalidad, que sólo pueden entenderse con y para el otro y en que sólo a partir de instituciones justas se pueden entender.

Las instituciones no pueden ser limitadas conceptualmente a simples estructuras entendidas a través de la realidad vital e histórica de una comunidad política en referencia a los fenómenos de la vida social humana, sin embargo, dichas instituciones parten de las costumbres y no de principios o leyes eficazmente aceptados por los participantes como estándares públicos compartidos para su comportamiento (Hart, 1963, pp. 64-76).

El aspecto teleológico en esa continuidad que se consume en el ámbito deontológico logra su encadenamiento a través de la ética en la filosofía práctica, ya que la intencionalidad ética no puede comprenderse como una noción aislada, sino como una porción simultánea construida desde una perspectiva integral orientada a la articulación de dicha intencionalidad en normas caracterizadas por la pretensión de universalidad y un efecto restrictivo propuesto (Ricoeur, 1996, pp. 213-257).

Es importante destacar que los derechos humanos, en sentido positivo, han sido integrados como parte de un sistema jurídico esencialmente procedente de la noción del contrato social, pero ese aspecto institucional y jurídico, en su sentido positivo, no puede ser considerado el fundamento de los propios derechos humanos, pues es a partir del vivir juntos en un entorno, clima o terreno determinados (Montesquieu, 1906), entre otros aspectos, que el contrato social se determina.

Otro aspecto sumamente similar que se advierte entre los derechos humanos y la intencionalidad ética propuesta por Ricoeur, es la exigencia de igualdad, pues para la *praxis* representa un sentido de justicia y para los derechos humanos el sentido de universalidad. Es a partir del concepto de *vita activa* propuesto por Hannah Arendt (Arendt, 1974), que Ricoeur refuerza el sentido de la acción humana como “única actividad que pone en relación directamente a los hombres sin mediar los objetos ni la materia” (Ricoeur, 1996, pp. 203), esto, desde la pluralidad y la concertación.

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

La pluralidad y la concertación no deben ser entendidos solo a través de la interacción directa entre los participantes de una comunidad, sino que implican la inclusión de la lejanía desde una acción dialogal dirigida a perdurar en el tiempo (Ricoeur, 1996, pp. 204 y 205).

La noción de igualdad que se advierte como común denominador entre los derechos humanos y la intencionalidad ética, encuentran su origen en la consideración aristotélica de la distribución, la cual opera como mediación institucional política que distribuye “honoros, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad” (Aristóteles, 1985, pp. 242), concepto que permite afianzar una percepción de repartición, misma que expresa otra cara de compartir (Ricoeur, 1996, pp. 207 y 209).

El trayecto vincutivo entre la tradición aristotélica teleológica y la tradición kantiana deontológica, construido desde la ética en la filosofía práctica, presenta la necesidad de identificar si existe la relación y de qué tipo entre la obligación y el formalismo. La norma tanto en la intencionalidad ética como en los derechos humanos no debe ser entendida desde un sentido nomológico solipsista, sino a partir del sentido dialógico, que parte como enlace de la solicitud con dirección a la norma.

Para abordar la tradición deontológica a fin de determinar dicho núcleo en los derechos humanos, nos sujetaremos de Kant, pues a partir de la enunciación de una estructura formal pretende elaborar una moral que sea universal y formal, una moral de la obligación que justifica su existencia a priori de la vida humana, entendiendo que aquello que se debe calificar como bueno no es al individuo, o al acto, sino a la voluntad; la teoría de Kant está sustentada a partir de su formulación de lo que denominó el imperativo categórico a partir de sus dos fórmulas.⁸

Ricoeur, identifica como núcleo fundamental del sentido deontológico el restablecimiento conceptual Kantiano sobre la moralidad de la obligación, noción que tiene en la universalidad y la restricción sus dos características fundamentales y

⁸ “Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal” “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 2012, pp. 126 y 139).

que se integra de tres momentos: la inclinación, la máxima y el imperativo categórico, siendo este último el único universal (Ricoeur, 1996, pp. 213 257).

Una de las preocupaciones que surgen de la identificación del núcleo deontológico en los derechos humanos es lograr la conexión de éstos con la voluntad legisladora y es a partir de identificar los ancestros naturales de los derechos humanos, advertidos en los derechos del hombre y los derechos naturales, que podemos justificar a la voluntad que obra en ellos, identificada como entidad finita que se vuelve autolegisladora, y que atendiendo a su propia naturaleza de deber, se impone a sí misma el deber para ser libre y autónoma.

Otro de los aspectos que suponen un desafío al momento de analizar el núcleo deontológico de los derechos humanos, es identificar si dichas prerrogativas logran o no pasar por el tamiz del imperativo categórico en su primera forma, pues es complejo y debatible determinar si los derechos humanos logran fungir como una estructura formal que permite alejarse de las morales materiales que limitan a la voluntad, sustituyendo la obediencia al otro por una obediencia a sí mismo, por lo que la obediencia pierde todo carácter de dependencia y de sumisión (Ricoeur, 1996, p. 217).

La propuesta kantiana del imperativo categórico encuentra entonces en su primera fórmula desde la unidad el principio de autonomía, en su segunda forma la pluralidad desde el respeto y la dignidad, sin embargo, es en la noción de “la idea de la voluntad de cualquier ser racional como una voluntad que legisla universalmente” (Kant, 2012, p. 143), en donde se advierte la totalidad de la razón pura del sistema deontológico.

El concepto los derechos humanos, sobre todo en esencia tendría que asumir la posición deontológica desde sus tres planos: el plano predialógico que tiene a la autonomía como forma de legalidad, el plano dialógico a partir del respeto y finalmente a las instituciones las cuales revisten la forma de reglas de justicia, por lo que, atendiendo a este último plano, debemos orientarnos al ámbito procedimental desde lo político y lo jurídico, a fin de determinar su formalización.

El proceso teórico y el método propuesto por Ricoeur nos permiten identificar el núcleo deontológico que parte desde la teleología y llega hasta lo

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

jurídico en el derecho subjetivo, el cual funge como enlace entre lo moral y lo meramente normativo.

El análisis que se formula respecto a el encadenamiento entre lo teleológico y lo deontológico adquiere sentido jurídico al comprender la perspectiva natural que comparten los derecho naturales, los derecho del hombre y los derechos humanos, aspecto que adquiere claridad al momento de ser analizado a través del estado de naturaleza que propone Hart, en el que identifica los aspectos más importantes para considerar la presencia de un derecho intrínseco, o como él llama: natural, el cual, debe ser considerado en los sistemas jurídicos.

IV. HART Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Hart en *El Concepto de Derecho*, obra que describió como un “ensayo de sociología descriptiva” (Hart, 1963), propuso la idea del contenido mínimo del derecho natural, teoría que se puede interpretar como una predicción basada en aspectos ético-morales, lo que contrasta con la dimensión analítica de la dogmática jurídica que caracteriza el método con el que Hart aborda la teoría jurídica, incluso dando la apariencia de otorgar ciertas concesiones a la doctrina iusnaturalista, en relación a la separación que se propone entre derecho y moral, sin embargo, es preciso entender dicha proposición como una consideración que sirve de base para construir un concepto de derecho subjetivo, lo cual forma parte de la teoría analítica de la dogmática jurídica o estricto derecho.

La concesión que Hart otorga a los derechos naturales nos da la pauta para estudiar simultáneamente a los derechos humanos tanto de forma analítica, sistemática y conceptual, como desde el ámbito teleológico y deontológico que les otorga esa naturaleza moral.

El argumento que Hart propone para fundar el contenido mínimo del derecho natural reside en que la naturaleza humana se caracteriza, entre otros aspectos, por ser vulnerable, lo que genera la necesidad de exigir de los sistemas

jurídicos (derecho) o sistemas morales (convencionales),⁹ las prestaciones que se traducen en abstenciones o “prohibiciones” (Hart, 1963, p. 240), que impiden generar lesiones o la muerte a los miembros de sociedad.

Otra característica, que forma parte de la base primigenia de creación de sistemas jurídicos y morales, lo que se traduce en la necesidad humana de crear un sistema de abstenciones y concesiones, es lo que Hart llama “Igualdad aproximada” (Hart, 1963, p. 241), es decir, ya sea que los seres humanos tengan distintas capacidades físicas, intelectuales o de otra índole, o que algunos estén dotados de mayores capacidades que otros, finalmente las diferencias no son significativas, aunado a que todos los hombres tienen ciertas características de vulnerabilidad como lo vimos anteriormente, haciendo que todas las personas coincidan con cierto estándar de igualdad, y por tanto, en la necesidad de pactos para evitar ser vulnerados.

Por otro lado, Hart hace énfasis en que los hombres no sólo representan una amenaza para sus semejantes, también pueden buscar el bienestar de otras personas, lo que llama “altruismo limitado” (Hart, 1963, p. 242), consistente en una característica de la naturaleza humana que genera una perspectiva neutral del hombre como ser con intenciones buenas y malas. Dicha apreciación humana contrasta con la que se propone generalmente en la filosofía liberal inglesa,¹⁰ la cual influyó profundamente la obra de Hart permitiéndole desarrollar su teoría, en la que se identifican de alguna forma las relaciones de los individuos a partir de un contrato social, lo que influyó su concepto de derecho natural a la libertad, de lo que hablaremos más adelante.

Los “recursos limitados” (Hart, 1963, p. 242), es decir, aquellas necesidades básicas de los seres humanos y la escases de recursos naturales para satisfacerlas, da origen a la creación de la institución de la propiedad y sus reglas de protección dinámicas relacionadas con la institución de la propiedad y el comercio mediante

⁹ Debe entenderse por sistemas morales, el sentido de moral convencional, la cual es aceptada por una sociedad y que restringe el actuar de sus miembros mediante sanciones morales de diversos tipos, para que tengan así la equiparación de sistemas jurídicos.

¹⁰ El ejemplo más claro de la concepción de un hombre como amenaza se encuentra en la frase que Thomas Hobbes en su obra *El Leviatán*, popularizó: “el hombre es un lobo para el hombre”.

la venta de productos y la división del trabajo, de las que destacan las “reglas de cambio” (Hart, 1963, p. 119), que permiten relacionar a las promesas como fuentes de obligaciones.

En relación a la “comprensión y fuerza de voluntad limitadas” (Hart, 1963, p. 244), Hart señala que, si bien, los beneficios que trae consigo el cumplimiento de las reglas referentes a personas, propiedades o promesas son evidentes y existen varios motivos por los que los individuos cumplen las normas, ya sea por el cálculo del beneficio, el bienestar de la sociedad o el idealismo jurídico, no todos los hombres comparten la misma comprensión de los intereses, ni la voluntad para cumplir las reglas, por tanto, existen individuos susceptibles de transgredir dichas normas, sin embargo, el porcentaje de los integrantes de la sociedad que cooperan voluntariamente con las normas, regularmente es mayor a quienes las trasgreden (lo que se relaciona íntimamente con la actitud que guardan los participantes, respecto a los hábitos y la norma) (Hart, 1963, pp. 64 77), por lo que deben existir sanciones impuestas por un sistema coercitivo como una garantía para los individuos que obedecen las reglas.

Finalmente, después de señalar las características que proporcionan razones para la supervivencia de los sistemas jurídicos (derecho) o morales (convencionales), en relación a su objeto, se advierte que dichos sistemas deben ofrecer la protección mínima,¹¹ si bien no para a todas las personas,¹² sí para algunos de aquellos individuos que están dispuestos a cumplir con las reglas (beneficiarios), puesto que, de no ofrecer una protección mínima, el sistema jurídico o moral corre el riesgo perecer.

¹¹ La protección mínima del derecho natural a los participantes de los sistemas jurídicos o morales, puede parecer en cierto modo abstracta, ya que Hart señala que dicha protección se refiere a la vida y la propiedad, entre otros aspectos, sin embargo al referirse a reglas de abstenciones de causar daños corporales, (Hart, 1963, p. 240), se puede interpretar que también integra aspectos de salud, por lo que es de suma importancia el análisis que se haga del aspecto de la vulnerabilidad humana para el desarrollo del presente ensayo.

¹² Un claro ejemplo de aquellas personas que, si bien forman parte de una sociedad pero que no son beneficiarias del contenido mínimo del derecho natural, son los esclavos. Por lo regular los sistemas jurídicos positivos tardan en adoptar las conductas morales sofisticadas, como señala Hart en el Concepto del derecho “aunque el derecho de algunas sociedades ha estado ocasionalmente más adelantado que la moral aceptada, por lo común el primero sigue a la segunda”.

Para comprender el contenido mínimo del derecho natural, es imprescindible analizar la postura de Hart que valida y presupone la existencia de derechos naturales, aspecto que ha representado la materia de múltiples controversias dentro de la filosofía jurídica, por su estrecha relación con los derechos morales en relación a su condición ontológica y a la proposición iusnaturalista consistente en la afirmación de que una norma o sistema normativo no pueden ser clasificados de jurídico si contradicen aquellos principios morales o de justicia (Nino, 2003. P. 28).

Hart señala que “si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todos los hombres por igual a ser libres” (Hart, 1990, p. 46), afirmación que resulta inconsistente al no adoptar una postura firme en relación con la existencia o inexistencia de los derechos morales, pero que deja abierta la posibilidad de existencia de diversos derechos naturales, concesión que permite se hace extensiva al catálogo actual de los derechos humanos.

Como ya lo dijimos, Hart no refiere a la libertad como el único y exclusivo derecho natural, pero si condiciona la existencia de los derechos naturales a la preexistencia de los derechos morales (Hart, 1990, p. 47), lo que nos conduce ineludiblemente a la relación entre el derecho y la moral, su relación histórica y la influencia que ha tenido uno sobre la otra y viceversa, así como el problema de si “un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo” (Hart, 1963, p. 229); de igual forma, si el derecho es susceptible de ser evaluado por estándares morales y si el derecho impone o debe imponer estándares morales a sus participantes.

Sería imposible profundizar en el análisis de todos los aspectos y problemas derivados de la relación entre el derecho y la moral, incluso, abundar demasiado en dicho tema podría distanciarnos de nuestro objeto de estudio, por lo que, centrándonos en la discusión que se ha tenido en relación a la existencia de los derechos naturales, debemos analizar los enfoques de Jeremy Bentham y a John Stuart Mill, mismos que rechazan la existencia del derecho natural, sobre todo por la idea de que dichos derechos estaban relacionados con aspectos místicos o

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

religiosos, Bentham enfatiza que los derechos subjetivos son producto del derecho y que no hay derechos anteriores al derecho (Hart, 1985, p. 140).

A su vez Hart, con una lógica direccionada a analizar al derecho natural desde una óptica independiente de la idea de Dios o del Estado, sugiere entender a los derechos naturales a través del “*fin (telos y finis)*”, concepción teleológica de la naturaleza, que propone que todo en la naturaleza no sólo existe, sino que tiende a un estado óptimo preciso, como condición de “madurez biológica” y que incluye, como elemento humano distintivo, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta (Hart, 1963, pp. 233 235).

Finalmente, la concepción teleológica de Hart respecto al estado natural del hombre, enfatiza su naturaleza como fuerza independiente al no estar supeditada a su elección, sino a su propia naturaleza, lo que se advierte al señalar aspectos como necesidades humanas, que aún cuando la voluntad del hombre niegue dicho impulso natural, no por ello deja de ser naturalmente positiva la necesidad de satisfacerlas (Hart, 1963, p. 236), es decir, es natural para el hombre que todas sus actividades estén dirigidas a satisfacer sus necesidades, las cuales, tienen como objetivo principal preservar su supervivencia.

Como ya lo señalamos anteriormente, tanto en el contenido mínimo del derecho natural, como en la concepción teleológica del derecho natural de Hart se presupone que el fin máximo de la actividad humana es alcanzar la supervivencia, lo que le otorga “un *status* de especial importancia” (Parceró, 1999. P. 179), sin embargo, para Hart se debe dar por presupuesta la supervivencia, pues el estudio de los derechos naturales y las medidas sociales se deben enfocar a una “existencia continuada” (Hart, 1963, p. 238), por lo que otorga mayor relevancia al derecho de todos los hombres por igual a ser libres.

De ahí que, considerando la supervivencia como propósito principal de las actividades humanas y que las medidas sociales deben enfocarse a la existencia continuada, es necesario analizar a los derechos humanos, en su configuración actual y positiva, como un enlace inevitable entre vivir y la satisfacción de las necesidades elementales del hombre, pues sin ellos se pone en riesgo la supervivencia.

V. CONCLUSIONES

Los derechos humanos como noción moderna derivada de los sucesos históricos acontecidos en el siglo XX han encontrado en su incorporación al sistema jurídico internacional un carácter vinculatorio respecto a las normas marco de los países que han formado parte de las instituciones autorizadas y tratados internacionales que los han impulsado.

El impulso de los derechos humanos en el derecho internacional ha generado la ineludible necesidad de formar en torno a ellos un conjunto de teorizaciones en distintas posturas y corrientes teóricas. Los lugares comunes que se tamizan en la generalidad de posturas teóricas que tienen que ver con los derechos humanos son: la evidente falta de homogeneidad respecto a una noción unívoca de ellos, la evidente decendencia deontológica de los derechos humanos con los derechos del hombre y los derechos naturales, la existencia de una estructura deontológica que funge como núcleo intangible de dichas prerrogativas y su existencia positiva como norma en el derecho internacional.

A partir del estudio que hacemos en relación a los derechos humanos podemos decir que su estructura ontológica, se encuentra integrada por un núcleo deontológico, el cual no puede ser considerado de forma independiente, pues al ser analizado a partir de la ética en la filosofía práctica, se evidencia una continuidad ontológica entre la teleología y la deontología.

La continuidad analizada entre la tradición aristotélica teleológica y la tradición kantiana deontológica, que parte del tender a la vida buena, a partir de la solicitud, en instituciones justas, debe estimarse como una porción simultánea construida desde una perspectiva integral orientada a la articulación de dicha intencionalidad en normas de carácter moral.

La obligación y el formalismo que analizamos, a partir de Ricoeur, toma de la tradición deontológica Kantiana la perspectiva del imperativo categórico, en la que advertimos a la unidad a través del principio de autonomía y pluralidad desde el respeto, unidos a través de la Regla de Oro.

Una vez identificada la existencia de un proceso continuo entre la teleología y la deontológico que encuentra en la norma y la restricción un lugar primigenio

y moral, podemos concluir que dicho núcleo deontológico ha formado parte en cierta medida, en los derechos naturales, los derechos del hombre y actualmente en los derechos humanos.

La institucionalización y positivación de los derechos humanos, nos permite analizar su estructura ontológica a partir de dimensión analítica de la dogmática jurídica (Alexy, 1993, pp. 29-30), pues una vez determinada la existencia en ellos de un núcleo deontológico, podemos advertir que en su estructura sistemática-conceptual se advierten como dos elementos principales e indispensables el derecho subjetivo, como aspecto derivado del núcleo deontológico previamente estudiado y la norma, como una característica que le da el carácter de derecho.

Una vez analizadas las posturas relacionadas con la noción del derecho subjetivo y su correlación con el derecho objetivo advertido como deber, en un sistema jurídico normativo, y atendiendo al esfuerzo realizado en el presente texto para justificar la necesidad de considerar el núcleo deontológico existente en los derechos humanos, los cuales encuentran como precedentes históricos y teóricos a los derechos del hombre y los derechos naturales, debemos considerar que los derechos humanos no sólo deben considerarse como normas objetivas, sino que dentro de su núcleo ontológico obra un derecho subjetivo.

Ahora bien, es evidente que trasladarnos desde ámbitos teóricos a partir de la filosofía reflexiva y llegar a la filosofía analítica, puede ser complejo y arriesgado, sin embargo, la continuidad y el enlace que encontramos entre ambas posturas filosóficas lo observamos en el enfoque teleológico que Hart presenta en su idea del contenido mínimo del derecho natural, quien, partiendo desde una perspectiva positivista, hace una concesión sofisticada sobre la existencia del derecho natural.

Entonces, toda vez que Hart, propone el instinto de supervivencia en su perspectiva continuada, denota el estado natural del ser humano, que no sólo tiende a mantenerse en existencia, sino que está direccionado a lo que llama un estado óptimo (Hart, 1963, p. 233), es decir, un estado natural. Si a los derechos naturales como aquellos principios prescritos en inicio a preservar la supervivencia, pero a su vez, a satisfacer las necesidades naturales generadas por la existencia continuada de todos los seres humanos y advirtiendo a los derechos naturales como precedentes

genéticos de los derechos humanos, entendemos que éstos últimos, tienen y comparten una naturaleza teleológica, deontológica comunes, aun cuando la estructura sistemática conceptual en el ámbito jurídico sea distinta.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. (2004). *El concepto y validez del derecho*, 2ª ed. Barcelona.
- Alexy, Robert. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Madrid: Gredos, S.A..
- Bentham, Jeremy. (2010). *Un fragmento sobre el gobierno*, trad. Enrique Bocardo Crespo, 2ª ed. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, Norberto. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Campillo Sáinz, José. (1952). *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*. México: Jus.
- Carrió, Genaro R. (1995). “Notas preliminares”, en: Wesley N. Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México: Fontamara.
- Conrado Hesse. (1996). *Constitución y Derecho Constitucional en Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons.
- Cruz Parceró, Juan Antonio. (1999). *El concepto de derecho subjetivo*. México: Fontamara.
- De Asis Roig, Rafael F. (2008). “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, Vol 1.
- De Páramo, Juan Ramón. (2000). *Derecho subjetivo*, en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, 2ª ed., vol. II. Madrid: Trotta.
- Dworkin, Ronald. (1997). *El derecho en serio*. Barcelona: Ariel. S. A.
- Dworkin, Ronald. (1994). *El dominio de la vida. Una discusión sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel.
- Dorantes Tamayo, Luis. (1980). “Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 117, t. XXX.
- Fernández, E. (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate.

LOS D.H Y EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y Garantías, La ley del más débil*. Roma: Trotta colección Estructura y Procesos.
- H. Bix, Brian. (2010). *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3ª ed., trad. De Imer B. Flores. México: UNAM.
- Hannah Arendt. (1974). *La condición humana*. Barcelona: Seix Barral.
- Habermas, J. (1998). *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós.
- Hart, H.L.A. (1990). “¿Existen los derechos naturales?”, *Estudios públicos*, No. 37. La versión en inglés: “Are there any natural rights?”, *The Philosophical Review*, vol. 64, No. 2, (Apr. 1955), pp. 175-191.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto del derecho*, trad. De Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A. (1962). *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma.
- Hart, H.L.A. (1985). “Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill”, trad. De Juan Ramón de Páramo, *Anuario de derechos humanos*, No. 3. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense.
- Heidegger. (2022). *Ser y tiempo*, 3ª ed., trad. Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta.
- Hohfeld, Wesley N. (1995). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México: Fontamara.
- Jellinek, Georg. (2012). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez Asensio, Rafael. (2005). *El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Kant. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª ed., trad. Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (1981). *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, 2ª ed. México: Editorial Nacional.
- Nino, Carlos, Santiago. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, S. A.
- Nino, Carlos, Santiago. (1990). “Autonomía y necesidades básicas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía el Derecho*, n. ° 7.
- Nussbaum, M. (1998). “Capacidades humanas y justicia social”, en J. RIECHMAN (114oord..) *Necesitar, desear, vivir. Sobre las necesidades desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Paul Ricoeur. (1996). *Sí mismo como otro*. México: Siglo XXI.
- Peces-Barba, G. (1995). *Cursos de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III-B.O.E.

- Peces-Barba, G. (1999). *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía jurídica y política)*. Madrid: Dykinson.
- Peces-Barba, G. (2001). *Textos básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*. Aranzadi, Elcano-Navarra.
- Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1999). *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.
- Raz, Joseph. (2011). *La autoridad del derecho, ensayo sobre derecho y moral*. México: Coyoacán.
- Sánchez Ferriz, R. (2001). "Generaciones de derechos y evolución del Estado", en Yolanda Gómez Sánchez, 115oord., *Los derechos humanos en Europa*. Madrid: UNED.
- Sempere. (2009). *Mejor con menos. Necesidades, explosión consumista y crisis ecológica*. Barcelona: Crítica.
- Sen, A. (1999). *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. De A. M. Bravo, revisión de P. Schwartz. Madrid: Alianza Editorial.
- Silva-Herzog Márquez, Jesús. (1999). *El antiguo régimen y la transición en México*. México: Planeta/Joaquín Mortiz.
- Singer, P. (1997). *Pensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós.
- Spector, Horacio. (2001). *La filosofía de los derechos humanos*. Alicante.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. (2009). *Introducción analítica al estudio del derecho*. México: Themis.
- Walzer, M. (1997). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

“Fairness and its role in the market”

LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA¹

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

RESUMEN

Este artículo se inspira en la ética de las virtudes de Aristóteles para desarrollar un argumento que pretende responder a las interrogantes de por qué la lealtad es importante en el mercado y de dónde nace la lealtad. En un primer paso se hará una nota sobre qué es el mercado y su contexto como institución social. Posteriormente, se abordarán determinados principios que sirven como brújula moral a las reglas que propiciarían un adecuado funcionamiento de las instituciones sociales, es decir, principios que inspiran al pacto social. Se hablará de cómo interactúan dichos principios y de que de la interacción de estos surge la lealtad y, como cierre de este trabajo, se explicará la importancia de la lealtad en el mercado.

Palabras clave: Mercado, Lealtad, Libertad, Justicia, Fraternidad.

ABSTRACT

This article takes inspiration in Aristotle's virtue ethics to develop an argument that aims to answer why fairness is important to the market and where fairness comes from. As a first step, the notion of market and its context as a social institution will be explained. Subsequently, certain principles that serve as a moral compass to the rules that promotes the proper functioning of social institutions will be addressed, that is, principles that inspire the social pact. It will be discussed how these principles interact and how fairness arises from this interaction. And as a final part in this work, the importance of fairness in the market will be explained.

Keywords: Market, Fairness, Liberty, Justice, Fraternity.

¹ Doctor en derecho por la Universidad Panamericana, Especialista en Derecho Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho de la Empresa.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo expone cómo la ética de las virtudes de Aristóteles puede ayudar a entender por qué la lealtad es importante en el mercado y de dónde proviene la lealtad. Asimismo, expone cómo el equilibrio de las manifestaciones de determinados principios que inspiran el pacto social puede servir como brújula a las instituciones sociales para la consecución de sus fines.

Este artículo se divide en siete partes, posterior a esta primera sección introductoria se referirá a qué es el mercado y se harán notas sobre su contexto como institución social. Posteriormente en la tercera sección se habrán de exponer tres principios que inspiran al pacto social y a las reglas que permiten el funcionamiento más pleno de las instituciones sociales. En una cuarta parte se expondrá cómo interactúan dichos principios y de dónde viene la lealtad. En la quinta sección se explicará qué es la lealtad y por qué es importante en el mercado. Como penúltimo paso tendremos a las conclusiones de este trabajo, para finalizar con la cita de la bibliohemerografía utilizada.

I. EL MERCADO COMO ESTRUCTURA SOCIAL.

El ser humano se encuentra limitado por su realidad material, todo individuo necesita bienes para sobrevivir y desarrollarse. Tal circunstancia le restringe de realizar toda actividad posible, dado que el tiempo que dispone y sus capacidades tienen límites, en consecuencia, cada individuo debe elegir y trabajar para satisfacer sus necesidades de acuerdo con ciertas prioridades (Crespo, 2013^a, p.19).

Se puede afirmar que la condición social del ser humano está conectada con los límites establecidos por tal realidad, debido a que una gran parte de las acciones que implican el uso de bienes son usualmente interacciones entre individuos. Podemos asumir que la necesaria división de las labores impuestas por las limitaciones humanas da origen a las relaciones sociales, dado que dicha condición social serviría como el instrumento idóneo para contrarrestar las limitaciones propias de cada persona. Es pues razonable afirmar que los intercambios suscitados entre los individuos son evidencia de su condición intrínsecamente social (Aristóteles, s.f./1985, VII, 10, 1242^a).

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Se debe resaltar que el ser humano no nace solo y no muere solo. La vida de cada persona se entrelaza necesariamente con otras vidas, de suerte tal que se conforma la sociedad, el ámbito de realización de cada uno de sus integrantes e instrumento que le permite avanzar hacia su perfeccionamiento.

El aforismo atribuido a Platón “*buscando el bien de nuestros semejantes, encontramos el nuestro*” resume el fin de la sociedad, que habrá de estar enlazado con la procuración de la felicidad de cada uno de sus miembros: “*de la dignidad, unidad e igualdad de todas las personas deriva en primer lugar el principio del bien común, al que debe referirse todo aspecto de la vida social para encontrar plenitud de sentido*” (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2015, p. 106)².

Por bien común habremos de entender “*el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección*” (Concilio Vaticano II, 2012, p. 180). Este entendimiento de bien común claramente se encuentra desprovisto de egoísmo e implica un esfuerzo colectivo por el bien de todos los miembros de la sociedad³.

La generalidad de acciones de intercambio de bienes y servicios toma lugar en el mercado, que habrá de entenderse como el ámbito en el que los compradores

² Se ruega al lector notar que los documentos citados en este trabajo emanados del Magisterio de la Iglesia Católica son referidos en su carácter de fundamental interlocutor en antropología, filosofía, sociología y humanismo; no así en su carácter de autoridad teológica, cuyo valor de ninguna forma se pone en entredicho. Habría de sostener dicha afirmación lo mencionado por el el Romano Pontífice Juan Pablo II (1987) en su encíclica “*Sollicitudo rei sociales*”: “*la Iglesia es ‘experta en humanidad’, y esto la mueve a extender necesariamente su misión religiosa a los diversos campos en que los hombres y mujeres desarrollan sus actividades, en busca de la felicidad, (...) de acuerdo con su dignidad de personas.*”

³ Gilles Lipovetsky (2000, pp. 12, 48, 146-156) difiere, si bien concibe que toda relación interpersonal se rige bajo el respeto a los derechos subjetivos, la búsqueda de la felicidad se orienta no hacia el bien común sino a la obtención de beneficios intimistas y materialistas para cada ser humano. Observa una dicotomía al atender a la relación entre el deber y el bienestar, ya que señala la coexistencia de dos discursos aparentemente contradictorios respecto a la orientación ética, por un lado, la percepción de que la cultura actual es decadente por su carencia de valores y moral y, por el otro, la afirmación de surgimiento de una nueva moral con base en el respeto al individuo y la tolerancia. Bajo esta concepción se puede afirmar que la gente quiere que se respeten ciertos principios éticos, sin que esto implique mutilación de uno mismo y sin obligación difícil de cumplir. Esto guarda armonía por lo referido por Adela Cortina (2000) al referir a la ética de mínimos consecuencia de la predilección social por la postura del *homo ludens*, sobre la del *homo faber*.

y los vendedores se ponen de acuerdo para comprar o vender bienes a un precio que se fija automáticamente según el volumen de los intercambios (Torres López, 2015, p. 89; O'Neill, 2009, p. 317); este mecanismo implica que cada una de las partes interesadas en realizar transacciones se conduzca con autonomía y sin recibir órdenes de nadie.

El orden o unidad del mercado viene de equilibrar las voluntades de vender y comprar como requisito para satisfacer necesidades. Esta red de relaciones se encuentra inmersa en una red más amplia aún, la sociedad, lo cual a su vez es un prerequisite y componente del propio mercado (Crespo, 2013^a, p. 108). Los mercados son una parte de la sociedad y su propio funcionamiento depende de su orientación hacia el bien común (Aristóteles, s.f./1988, VII, 1, 1324^a). Es pues, que el fin del mercado es que cada uno obtenga lo que necesita, lo cual está inmerso en el fin último de la sociedad, es decir, propiciar el bien común de los individuos. En una sociedad, el mercado contribuye con su cohesión al suministrar los medios requeridos para satisfacer necesidades⁴.

La observación de la naturaleza del mercado y definirle como una construcción social implica, necesariamente, identificar que se encuentra lleno de conceptos morales y asunciones respecto a la distribución de bienes (Reynolds, 2015), es decir, se trata de un sistema de interacción social caracterizado por un marco institucional específico que define ciertas restricciones sobre el comportamiento de los participantes del mercado (Bruni, 2012, p. 181; Fourcade, 2007; Caldwell, 2005, p. 57; Meadowcroft, 2005, p. 154; Gudeman, 2001, p. 94; Vangberg, 1986).

Estas sencillas notas denotan la naturaleza del mercado como una construcción social que tiene por fin último el bien común cuyo funcionamiento depende de un marco institucional, nos dan la pauta para la exploración que se realizará en los siguientes apartados de este trabajo de los principios que son base y guía para tal contexto institucional. Lo que nos llevará a identificar de mejor manera

⁴ En contexto de esto John Finnis (2011, p. 145) expresó: “*Las cosas serán mejor para todos si hay una división del trabajo entre familias, especialización, tecnología, empresas conjuntas o cooperativas en producción y comercialización, un mercado y un medio de intercambio, en resumen, una economía que es más que doméstica*”.

qué es la lealtad, cómo esta se deriva de acciones inspiradas en tales principios base y cuál es su función en el orden institucional social, muy particularmente en el mercado.

II. PRINCIPIOS DEL MERCADO COMO INSTITUCIÓN SOCIAL

Imaginemos por un momento a la economía de mercado como un juego en el que diferentes jugadores interactúan entre sí para avanzar. Podríamos preguntarnos qué haría que este fuese un buen juego. Una respuesta prudencial sería: el funcionamiento del juego depende de sus reglas. Buenas reglas están basadas en principios previamente acordados. Dichos principios, democráticamente elegidos, ya sean explícitos en ley o implícitos en un pacto social, conforman las bases estructurales de todo el sistema de economía de mercado, sin las cuales colapsaría (Fikentscher et al, 2013, pp. 49-50).

Este trabajo propone como principios base o primarios de las instituciones sociales y, particularísimamente, del mercado a aquellos con impronta en la máxima de la revolución francesa: “*liberté, égalité, fraternité*” (libertad, igualdad, fraternidad), la cual es reflejo de la base del contrato social. Dichos principios son recogidos a su vez en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ al expresar que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Tal lema comprende valores que son cruciales en la vida económica y de los que habrán de desprenderse los principios rectores de la misma.

Los revolucionarios franceses estuvieron comprometidos hacia esta tríada de principios, la libertad inspiró sus luchas en contra del régimen autoritario, la igualdad fue base de sus apelaciones en contra de la explotación del pueblo (van Staveren, 2001, p. 58) y la fraternidad existente entre los ciudadanos fue enarbolada como fuerza en contra de lo representado por la locución latina “*homo homini lupus*”

⁵ Documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, el cual fue votado a favor por México. No constituye un tratado internacional.

(Hobbes, 1983, p. 24), que indefectiblemente tiende a la percepción de un mundo frío y egoísta. Tales revolucionarios apreciaron meridianamente que estos valores funcionan de forma conjunta en la configuración de una sociedad virtuosa, esto es claro al atender que una persona no puede ser libre sin ser justa y no puede ser justa sin preocuparse por los otros.

Será de especial provecho explorar a continuación cada uno de dichos principios para sustentar por qué el mercado debe ser leal.

LIBERTAD

La libertad es un rasgo esencial de la acción humana. La interacción económica es acción humana, por lo que se debe dar cabida a una concepción del hombre como un ser que actúa libremente (Crespo, 2013^a, p. 64). La principal característica de una economía de mercado es que las personas decidan autónomamente respecto a qué están dispuestos a dar y recibir en el intercambio con otros. Si no tienen posibilidad de elegir libremente o se ven obstaculizadas en la toma de decisiones, el mercado fallará (Friedman, 1982, pp. 15-16). En este trabajo se considerarán dos aproximaciones a la libertad que han sido distinguidas por la doctrina como “libertad negativa” y “libertad positiva” (Berlín, 2002, p. 169).

El concepto de libertad negativa se refiere a una búsqueda sin trabas por parte de la gente de sus fines dados (van Staveren, 2001, p. 27). Esta perspectiva de la libertad implica que se es libre al grado que ningún hombre puede interferir con la actividad de otra persona, es decir, la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos (Hobbes, 1998, p. 139). La libertad negativa comprende tanto la ausencia de impedimentos, es decir, la posibilidad de hacer, así como la ausencia de constricción, es decir, la posibilidad de no hacer. Atendiendo a que los límites de las acciones del hombre en sociedad son determinadas por normas, se puede decir, que la libertad negativa, consiste en hacer o no hacer todo lo que las leyes (en sentido lato) permiten, o bien, no prohíben (Bobbio, 2002, p. 97-100).

Esta concepción de la libertad tiene un diseño defensivo, protege la seguridad y la integridad de cada persona como un individuo (en una interpretación

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

evolutiva, también implicaría la seguridad e integridad de comunidades y naciones), estableciendo límites que no deben ser traspasados por terceros (Spicker, 2006, p. 13), así como garantiza protección para las personas que desean tomar decisiones en búsqueda de sus fines. Tal alcance de defensa en la libertad negativa garantiza la independencia de una persona, ya que podrá ejercer el derecho de decidir por sí mismo (Hart, 1955, pp. 175-191).

Por otro lado, la libertad positiva ha sido usada en dos sentidos diferentes, pudiendo entenderse como una facultad de actuar, o bien, entenderse como la autonomía, un atributo específico de la voluntad (Bobbio, 2002, p. 100-101). Esta perspectiva de la libertad refiere a los fines que uno valora, elegidos entre otras opciones posibles y con la calidad e importancia de estos fines (Fromm, 2007, pp. 309-312).

Esta doble comprensión de la libertad como positiva y negativa se refleja en los escritos de filósofos y economistas, donde la libertad negativa se presenta como un valor instrumental y donde la libertad positiva se entiende como intrínsecamente valiosa (van Staveren, 2001, p. 27; Crespo, 2013b, p.44; Sen, 2006, p. 41).

La libertad es el principio básico sobre el que deben estar cimentadas las reglas de un mercado, ya que este depende de la facultad de libre decisión de sus participantes. Los mercados trabajan a través de la voluntaria cooperación de los hombres que deciden autónomamente sobre el precio de lo que están dispuestos a pagar para satisfacer lo que desean y necesitan. El observar mercados trabajando implica el apreciar individuos tomando decisiones, esto es, ejercitando su libre voluntad (Fikentscher et al, 2013, p. 50).

Las reglas parecen ser una necesaria contradicción para la libertad. La legislación o la acción gubernamental en cuestiones de negocios primariamente significan una restricción de las dinámicas de libre intercambio. Incluso, para posturas de corte liberal que abogan determinadamente por la libertad del mercado, es natural aceptar al menos una forma de regulación. Un ejemplo de esto lo encontraríamos con Milton Friedman (1982, p.5), quien aseveró que:

La existencia de un mercado libre por supuesto que no elimina la necesidad del gobierno. Por el contrario, el gobierno es esencial tanto como foro para determinar

las ‘reglas del juego’ y como árbitro para interpretar y hacer válidas las reglas fijadas al respecto’. Lo que el mercado hace es reducir en gran medida el rango de asuntos que deben ser decididos a través de medios políticos y, de este, modo minimizar el grado en el que el gobierno necesite participar directamente en el juego.

De forma complementaria a la anterior asunción, servirá realizar una nota sobre la llamada paradoja de la libertad⁶, la cual Platón (s.f./1988) uso para ilustrar los peligros de la libertad al preguntar: ¿qué pasa si la voluntad del pueblo no es gobernarse a sí mismo sino cederle el mando a un tirano⁷? Cuestionamiento que a su vez Karl Popper (1966, pp. 129, 170 y 248) retomó al analizar las ideas políticas del filósofo griego y que le sirvió como base para llamar por salvaguardas para proteger el sistema democrático en contra de los peligros del voto de la mayoría. Incluso exhortó a aquellos que hacen política a proteger los principios de igualdad de derechos e individualismo en contra de los peligros de un poder sin restricciones: *“debe exigirse que la política sustente principios igualitaristas e individualistas; los sueños de belleza deben subordinarse a la necesidad de ayudar a los desvalidos y a las víctimas de la injusticia y a la necesidad de construir instituciones con esos fines”*.

Si un individualista como Karl Popper y un defensor del libre mercado como Milton Friedman fueron capaces de aceptar que algunas reglas son necesarias para controlar el poder, parecería que es intelectualmente seguro y aún liberal el atender determinadas reglas necesarias para una economía de mercado (Fikentscher et al, 2013, p. 51).

Las reglas tienen que estar diseñadas de forma que aseguren que las decisiones pueden ser tomadas libre y autónomamente. Así que mientras la libertad es vista como el principio supremo que rige la economía de mercado, un mercado libre aún

⁶ Postulado que indica que la libertad ilimitada conduce a lo opuesto, dado que, sin protección y restricción por parte de las leyes, la libertad debe conducir a una tiranía de los fuertes contra los débiles, es decir, la libertad en el sentido de ausencia de todo control restrictivo, debe conducir a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles.

⁷ Platón (s.f./1988, 562b-565e) consideró que *“el deseo insaciable de la libertad y el descuido por las otras cosas es lo que altera este régimen político y lo predispone para necesitar de la tiranía”*, así como que *“la libertad en exceso parece que no derivar en otra cosa que en la esclavitud en exceso para el individuo y para el Estado”*.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

no podría sostenerse sin más trámites. Es necesario tener reglas que aseguren un proceso continuo de interacciones libres (Lindblom, 2001, p. 93).

Las reglas que resguardan la libertad del mercado de fuerzas depredadoras de la libertad son llamadas “regulación sistémica”, estas directrices garantizan que el sistema funcione y que los mercados no fallen (Dubbink, 2003, pp. 39-40). Es de una dificultad particular identificar los principios que son inherentes a un sistema de aquellos que no son necesariamente parte de la regulación sistémica. La distinción entre principios sistémicos y reglas adicionales es importante para evitar un común malentendido acerca de la regulación: que todas las reglas sean percibidas como restricciones a la libertad, cuando no resulta ser el caso.

Es decir, están las reglas sistémicas que son aquellas que permiten la libertad y, por otro lado, están las reglas de intervención que son aquellas que normalmente restringen la libertad. Estas últimas podrían tener cierta legitimación o carecer de ella, podrían ser benéficas o no, aunque no serían necesarias y por tanto estas estarían más allá del objeto del proyecto que intenta atender al más básico marco legal de la economía de mercado (Fikentscher et al, 2013, pp. 51-52).

JUSTICIA

Es oportuno iniciar el análisis del principio de la ‘justicia’ como un integrante de la trinidad “*liberté, égalité, fraternité*” haciendo la nota de por qué ocupa el espacio proclamado hacia el principio de la ‘igualdad’. Tal como refiere Bobbio (2002, p. 57-58), no es difícil reconducir el concepto de igualdad al concepto de justicia y viceversa, el punto de referencia común entre ambos es el de armonía entre las partes de un todo.

La justicia ha sido representada como el principio que provoca un todo armónico (Platón, s.f./1988, 443d). Ahora bien, para que reine la armonía son necesarias dos cosas: que cada una de las partes del todo tenga asignado el lugar que le corresponde, lo cual es la materialización de la fórmula de Ulpiano: *iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi* (Justiniano, s.f. citado por Molinas,

1889, 1.1.1.)⁸, que corresponde a la máxima expresión de la justicia como igualdad, que una vez que a cada parte le ha sido asignado el lugar propio, el equilibrio alcanzado sea mantenido por normas universalmente respetadas. En consecuencia, la existencia de cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la conservación del sumo bien⁹.

La justicia como principio de instituciones sociales habrá de ser atendida bajo dos acepciones: justicia formal y justicia sustantiva. La justicia formal reviste el mínimo principio de justicia, el de la igualdad. Esta acepción demanda que los iguales sean tratados de forma igual y que los desiguales sean tratados de forma desigual¹⁰. Se le llama justicia formal debido a que sus postulados no proveen ningún criterio particular por el cual los iguales deben ser tratados de la misma forma ni provee herramientas para determinar cuáles individuos deben ser considerados como iguales. Por tanto, la justicia formal es construida como la imparcial y consistente aplicación de los principios, ya sea que tales principios en sí mismos sean justos o no (van Staveren, 2001, p. 33).

La justicia sustantiva, por el otro lado, está vinculada con lo que la sociedad percibe como justo. Esta define lo que los individuos encuentran como legítimo y lo que legítimamente pueden demandar de su gobierno. Atendiendo a la subordinación conceptual de la igualdad a la justicia, es que se privilegia el estudio de este último concepto para los efectos del presente trabajo (*idem*).

⁸ “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.”

⁹ Existe una interesante conexidad con esta ejemplificación de la armonía entre igualdad y justicia, con lo expresado por el Aquinate (1990, S.T. II-II, q. 57, a. 2, ad 2) al tratar la división del derecho entre derecho natural y derecho positivo: “la voluntad humana, por común acuerdo, puede convertir algo en justo en aquellas cosas que por sí no tienen ninguna oposición a la justicia natural”, es claro que Tomás de Aquino no ignora el vínculo que existe entre la justicia y el derecho creado por el hombre. Al respecto abundó Etienne Gilson (1951, p. 425) que el objeto de la justicia (*justitia*) es aquello que es justo (*justum*), es decir, lo que exige el derecho (*jus*). Para que la justicia sea satisfecha es necesario que asegure el respeto a la legalidad, en cuanto al derecho positivo, y la dignidad de la persona, en cuanto al derecho natural.

¹⁰ El estagirita, Aristóteles (s.f./2011, 1193b), lo expresó bajo la fórmula “lo justo respecto al otro es, por decirlo brevemente, lo igual, pues lo injusto es lo desigual”.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

La justicia es la clave para que funcione el mercado¹¹, así como la condición para una sociedad que coopere de forma libre, pacífica y eficiente. Tal como afirma Rawls (1999, p. 3): “*la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como lo es la verdad de los sistemas de pensamiento*”, ya que proporciona un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y define la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social (Soto Morales, 2013, p. 280), es decir, la finalidad verdadera de la política es la creación de instituciones justas (Puyol, 2015, p. 7). El orden de una sociedad está determinado por su orientación a promover el bien de sus miembros y por la adecuada regulación de la concepción pública de la justicia. Esto se actualiza cuando cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia y las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen (Soto Morales, 2013, p. 238-239). Aun cuando los hombres puedan hacer demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden resolverse (*ibidem*, 122-123).

Entre individuos con objetivos y propósitos diferentes, una concepción compartida de la justicia establece los vínculos de la amistad cívica; el deseo general de justicia limita la búsqueda de otros fines. Puede pensarse que una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada (Rawls, 1999, pp. 3-6; González Morfín, 2018, pp. 97-98, 195-198 y 207).

Bajo esta concepción es clara la existencia de un contrato social y habrá de asumirse que las personas que lo instituyeron son libres e iguales y pueden

¹¹ Se ruega al lector la consideración de la justicia como un principio del mercado como institución social, no es una derivación inmediata del concepto de ‘comercio justo’ (*‘fair trade’*) ni del concepto de ‘mercado justo’ originado en la Escuela de Salamanca, que no son totalmente disímbolos entre sí ni excluyentes plenamente entre los elementos de sus nociones. En el caso de la noción de ‘comercio justo’, ha sido utilizada en ámbitos políticos para servir como un sinónimo de ‘comercio libre’, para otorgar mayor peso moral a los esfuerzos por abolir las restricciones en el comercio. Asimismo, el ‘comercio justo’ ha sido utilizado para referir al comercio que resulta en menor impacto negativo a la población de un país, como la pérdida de empleos, así como ha sido usado para referir a la venta de productos alimenticios realizada de forma directa entre quienes los producen y quienes los consumen (Murray y Reynolds, 2007, p. 4).

representar sus propios intereses y que en un momento determinado tuvieron que discutir las reglas de convivencia sin conocimiento previo de las características del otro, en tanto raza, sexo, lugar de nacimiento o riqueza, por tanto, se debe asumir que existen ideas intuitivas de justicia que son compartidas entre las personas libres e iguales (Rawls, 2001, p. 191).

Las meditaciones de los alcances de la justicia tienen por objeto a los bienes primarios¹², entendiendo como estos a una colección variada de medios y fines, como derechos, libertades, poderes, oportunidades, ingresos, riqueza y autoestima¹³. La justicia exige que todos tengan derecho a estos bienes primarios, independientemente de su posición social, económica o cultural.

De acuerdo con Rawls (1999, pp. 52-54), las personas estarían de acuerdo en dos principios de justicia. El primero requiere que a cada persona se le permita la máxima cantidad de libertad compatible con una libertad similar para otros. El segundo principio requiere que las desigualdades en la distribución de bienes primarios se permitan solo si benefician a todos y particularmente a los menos acomodados. Como consecuencia, las injusticias son desigualdades que no benefician a todos. Este principio permite desigualdades distributivas siempre que sean consistentes con la igualdad de libertad y la oportunidad justa. Pero cuando los menos acomodados de la sociedad no se benefician de estas desigualdades, no debe ser permitido (van Staveren, 2001, p. 34).

FRATERNIDAD

La noción de fraternidad está basada en la idea de que la gente tiene responsabilidades recíprocamente. Sin perjuicio de este rasgo distintivo, el delimitar

¹² Para Rawls los bienes primarios son aquellos que es racional buscar por ser necesarios para la proyección y la ejecución de un plan racional de vida y son la libertad, oportunidad, riqueza y amor propio (Rawls, 1999, p. 380; Soto Morales, 2013, p. 103).

¹³ Finnis (2011, pp. 85-97) por su parte considera que este tipo de bienes son valores irredictibles que son aceptados como tales de manera universal por las personas, ya que constituyen dimensiones de la felicidad respecto de los cuales se proyecta la libertad al elegir el modo en que se llevarán a cabo. Estos bienes son igualmente evidentes, previos a un juicio de moralidad y fundamentales, son manifestaciones de su ser básico o irreductible y les enuncia como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión.

el entendimiento de qué es la fraternidad no ha sido una tarea sencilla. La cita de una definición de este principio incluida en un cuerpo normativo surgido después de la Revolución Francesa nos brindará una buena herramienta para clarificar por qué se afirma lo anterior, la Constitución del año III¹⁴, en el artículo segundo de su declaración de Derechos y Deberes del hombre y del Ciudadano refiere: “*Todos los deberes del hombre y del ciudadano derivan de estos dos principios, grabados por la naturaleza en todos los corazones: No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti. Haz constantemente a los otros el bien que quisieras recibir de ellos*”¹⁵. La vaguedad de este texto sugiere que la noción de fraternidad no fue claramente entendida. Ya que solo se parafraseo la ‘regla de oro’: “haz a los demás lo que quieras que te hagan a ti”, en lugar de enunciar un principio revolucionario.

Esto ejemplifica una realidad que ha sufrido históricamente la fraternidad, ya que se le ha situado en un lugar marginal en el debate jurídico-filosófico contemporáneo. Si se preguntase el porqué de ello, seguramente dentro de las respuestas que pudiéramos obtener encontraríamos que la fraternidad no encuentra un cómodo lugar en la lógica de los derechos individuales expresada por la libertad y la justicia (Rawls, 1999, pp. 90-91). La fraternidad entraña la satisfacción a una necesidad o un tipo de bien no contenido en los entendimientos de los derechos que conducen a la autonomía de cada individuo pero que no encuentran preocupación alguna por el bienestar de los otros¹⁶. Por consecuencia este principio

¹⁴ Texto establecido el día 22 de agosto de 1795 por el Directorio, fecha que expresada en calendario republicano francés correspondería al día 5 de fructidor del año III. El Directorio fue una forma de gobierno adoptada por los revolucionarios franceses después de la reacción de Termidor (Mignet, 2006, pp- 303-313).

¹⁵ “*Article 2. - Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les coeurs : - Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fît. - Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir.*” Constitución de 5 fructidor año III, 22 de agosto de 1795, Francia.

¹⁶ Resulta útil para la clarificación de esta idea de interrelación, citar al jurista sudafricano Albie Sachs (2012), quien equiparó a la noción de fraternidad con el término “*ubuntu*”, explicándole en los siguientes términos: “*es una antigua noción filosófica de Sudáfrica basada en la concepción de que soy una persona porque tú eres una persona; que no puedo separar mi humanidad del reconocimiento de tu humanidad. Presupone que no puedo fortalecer mi personalidad al aislar me de ti; por el contrario, me beneficio de mi asociación contigo*”.

viste una actitud moral diversa y, quizás, más esencial que el principio de la libertad y que el principio de la justicia (Munoz-Dardé, 1999, p. 82-83).

El espacio teórico de la fraternidad ha sido ocupado, en un sentido importante, por otras nociones que parecen ser menos problemáticas y más fácilmente insertables en el lenguaje científico jurídico filosófico, tales como la ‘amistad cívica’ (Llano Cifuentes, 2000, pp. 86-97; Amaya, 2016, p. 24), la ‘solidaridad’ (Agra Romero, 1994) y la ‘comunidad’ (Mullhall y Swift, 1996, p. 163). Sin embargo, la sustitución de ‘fraternidad’ por estas nociones conlleva una reducción de la noción de fraternidad y de los ideales que la misma evoca.

No obstante que la fraternidad es cercana a la solidaridad, la sustitución de fraternidad por solidaridad implica reducir la fraternidad a una disposición a ayudar a aquellos que están en situación de necesidad o vulnerabilidad, dejando de lado aquellas interacciones de sujetos con una mutua identificación de igualdad, de pertenencia a una misma comunidad y este aspecto igualitario de la relación queda comprometido en su sustitución por la idea de “solidaridad” que se inscribe, en gran medida, en una perspectiva de victimización (Amaya, 2016, p. 25).

Identificar a la ‘fraternidad’ por la ‘amistad cívica’ también implica otra reducción errónea de los alcances de la fraternidad, esta vez a su dimensión afectiva, poniendo el acento exclusivamente en los sentimientos comunitarios sobre los que se basaría una cierta concepción de unidad social y lo cual ha sido uno de los motivos por los que se ha mirado con recelo a la fraternidad por quedar aparentemente circunscrita a ámbitos emotivos más que racionales (*ídem*).

En esa secuencia, equiparar a la fraternidad con la idea de ‘comunidad’ resulta en la instauración de un modelo de sociedad multicultural y diverso, que de alguna forma resulta compatible con un alto grado de insularidad entre los distintos grupos sociales, limitando de manera importante el alcance de los ideales de la fraternidad (Boisvert, 2005).

A efecto de permitir una fácil visualización de las características del principio fraternidad recurramos al abordaje de Ángel Puyol (2017, p. 49) de la metáfora familiar, en que remite a la etimología de la palabra fraternidad, proveniente del latín *fraternitas*, palabra que alude a la relación de parentesco y afecto entre los

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

hermanos (*frater, fratris*) y que también nomina a las hermandades que, aun que no estén unidas por lazos de sangre, se fundamentan en una fuerte relación de afecto e igualdad entre sus miembros.

Ejemplos de este tipo de relaciones las encontramos en la establecida entre los frailes que forman parte de una hermandad religiosa, fraternidades universitarias, logias masónicas, sindicatos de trabajadores y las corporaciones profesionales. Los integrantes de estos grupos fraternales se suelen llamar entre sí cofrades, hermanos, camaradas, estableciendo entre ellos un fuerte vínculo de lealtad y pertenencia a la organización. Esta metáfora de fraternidad entraña las aspiraciones políticas y civiles de las clases populares a abandonar las opresiones para disfrutar de la libertad y la igualdad, porque todos somos como hermanos, iguales en la gran familia que forma la gran comunidad civil y política (*ibídem*, pp. 52-53). Esto es lo que sucede en la teoría del contrato social apuntalada por Hobbes, Locke, Rousseau, Rawls y Nozick que es opuesta a la idea antigua de que la obligación, la autoridad política, la jerarquía y la desigualdad social son hechos naturales, ya que los firmantes de tal pacto son los hijos emancipados del monarca que fraternalmente se unen para derrocarlo (Baggio, 2006, p. 138-139) y construir un nuevo modelo político en el que no se dará una asociación completamente libre entre los integrantes ni tampoco una comunidad de fines impuestos, sino una comunidad de individuos igualmente libres e interdependientes que deben acordar democráticamente y sin exclusiones unas leyes que respeten la voluntad y la singularidad de cada miembro de la comunidad (Puyol, 2017, pp. 57-59).

En secuencia de lo expresado en este apartado del presente trabajo, habremos de destacar la diferenciación de tres dimensiones de la fraternidad como principio:

- a) Dimensión comunitaria. Debe existir un vínculo común como rasgo constitutivo de las relaciones fraternales, es decir, los individuos que se encuentran unidos por una relación fraternal tienen el reconocimiento de algo en común, un fin compartido que les identifica y compromete conjuntamente a avanzar para alcanzarle, lo que a su vez es un fin compartido que es indivisible que implicaría que su logro o fracaso es necesariamente una cuestión colectiva (Estheté, 1981).

- b) Dimensión afectiva. Los individuos unidos por una relación fraternal manifiestan un conjunto de actitudes afectivas, tales como amor, lealtad, caridad, confianza, preocupación por el bienestar del otro, amistad, empatía, simpatía, etc. (Amaya, 2016, p. 31).
- c) Dimensión práctica. Los individuos unidos por un vínculo fraternal tienen disposiciones para actuar desinteresadamente tanto en beneficio de los otros como en aras del fin o valor compartido. La relación fraternal es, en este sentido, una relación de ayuda mutua y cooperación voluntaria¹⁷. Es, por tanto, que la fraternidad se pueda expresar en una serie de responsabilidades, obligaciones y expectativas (Rawls, 1999, p. 90).

Atento a la relevancia de la fraternidad en la vida social y, por ende, en la competencia en el mercado, se coincide con lo expresado por Octavio Paz (2014, p. 518) sobre tal principio:

A mi modo de ver, la palabra central de la tríada es fraternidad. En ella se enlazan las otras dos. La libertad puede existir sin igualdad y la igualdad sin libertad. La primera, aislada, ahonda las desigualdades y provoca las tiranías; la segunda, oprime a la libertad y termina por aniquilarla. La fraternidad es el nexo que las comunica, la virtud que las humaniza y las armoniza. Su otro nombre es solidaridad, herencia viva del cristianismo, versión moderna de la antigua caridad. Una virtud que no conocieron ni los griegos ni los romanos, enamorados de la libertad, pero ignorantes de la verdadera compasión. Dadas las diferencias naturales entre los hombres, la igualdad es una aspiración ética que no puede realizarse sin recurrir al despotismo o a la acción de la fraternidad. Asimismo, mi libertad se enfrenta fatalmente a la libertad del otro y procura anularla. El único puente que puede reconciliar a estas dos hermanas enemigas –un puente hecho de brazos enlazados es la fraternidad. Sobre esta humilde y simple evidencia podría fundarse, en los días que vienen, una nueva filosofía política. Sólo la fraternidad puede disipar la pesadilla circular del mercado. Advierto que no hago sino imaginar o, más exactamente, entrever, ese pensamiento. Lo veo como el heredero de la doble tradición de la

¹⁷ Rawls (1999, p. 90) considera que su propuesto principio de diferencia da contenido natural al principio de fraternidad, ya que considera que las desigualdades sociales y económicas han de ser permitidas si, y solo si, benefician a quienes están en peor situación.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Modernidad: la liberal y la socialista. No creo que deba repetir las sino trascenderlas. Sería una verdadera renovación.

III. INTERACCIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD, JUSTICIA Y FRATERNIDAD.

La libertad es un importante principio en la vida del mercado, pero requiere de la Justicia para ser factible. Ambas, Libertad y Justicia, requieren del principio de la Fraternidad para hacerlas funcionar (Muipkead, 1910), por tanto, los tres principios son necesarios para el mercado y, en general, para la vida social del ser humano (van Staveren, 2001, p. 46; DeMarco y Richmond, 1986; Rutherford, 2008; Vlastos, 1942).

Desde una perspectiva aristotélica ontológica, cada uno de los principios integrantes de la trinidad ‘Libertad, Justicia y Fraternidad’ puede ser considerado como pertenecientes a un tipo de interacción humana en particular (van Staveren, 2001, p. 53), la libertad está relacionada al *agora* (intercambio libre) (Aristóteles, s.f./1988, VII, 1331a; Hansen, 2010; Bookchin, 1982, p. 107; Arendt, 1990, p. 31; Geyh, 2009, p. 128), la justicia está relacionada a la *polis* (reglas distributivas) (Aristóteles, s.f./1988, I, 1256b y III, 1280b; Crespo, 2013a, p. 5) y la fraternidad está relacionada al *oikos* (*el arte del cuidado de la casa y de la comunidad*) (Aristóteles, s.f./1988, II, 1262a, III, 1280b y 1295b; Aristóteles, s.f./1985, VIII, 1, 1155a, 1161a-1161b; Kronman, 1979; Crespo, 2008).

Aristóteles concibe al bien en la vida como la eudaimonía¹⁸, concepto que engloba una multitud de virtudes¹⁹, las cuales podemos relacionar directamente a

¹⁸ Esto lo hace en su *Ética Nicomáquea* (s.f./1985, 1095a) al analizar cuál es el bien supremo entre todos los que pueden realizarse, expresándole como “*sobre su nombre, casi todo el mundo está de acuerdo, pues tanto el vulgo como los cultos dicen que es la felicidad (eudaimonia), y piensan que vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz.*”

¹⁹ Una virtud puede definirse como un rasgo de carácter, excelente y duradero, que le permite a alguien actuar y llevarse bien con otras personas de manera ejemplar (Baker y White, 2016, p. 9). Este apunte guarda correspondencia con la definición general de virtud de MacIntyre (2007, pp. 187 y 191), quien le concibe como una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a permitirnos alcanzar aquellos bienes que son internos a cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa socialmente establecida que apunta a bienes específicos que se logran

estos tres principios propuestos como inspiración para las actividades humanas dentro de las instituciones sociales.

Aristóteles (s.f./1985) consideró que las virtudes solo pueden ser alcanzadas por efecto de prueba y error como un medio de alcanzar el punto medio entre los polos de la deficiencia y del exceso, todo ello únicamente posible en un contexto social donde las interacciones entre personas suceden. Esto es apreciable en los fragmentos que se reproducen a continuación:

Adquirimos las virtudes como resultado de actividades anteriores. Y éste es el caso de las demás artes, pues lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo.” (...) “Y este es el caso también de las virtudes: pues por nuestra actuación en las transacciones con los demás hombres nos hacemos justos o injustos, y nuestra actuación en los peligros acostumbrándonos a tener miedo o coraje nos hace valientes o cobardes; y lo mismo ocurre con los apetitos y la ira: unos se vuelven moderados y mansos, otros licenciosos e iracundos, los unos por haberse comportado así en estas materias, y los otros de otro modo (s.f./1985, II, 1, 1103a-1103b).

La virtud del hombre será también el modo de ser por el cual el hombre se hace bueno y por el cual realiza bien su función propia. Como esto es así, se ha dicho ya; pero se hará más evidente, si consideramos cuál es la naturaleza de la virtud. En todo lo continuo y divisible es posible tomar una cantidad mayor, o menor, o igual, y esto, o bien con relación a la cosa misma, o a nosotros; y lo igual es un término medio entre el exceso y el defecto. Llamo término medio de una cosa al que dista lo mismo de ambos extremos, y éste es uno y el mismo para todos; y en relación con nosotros, al que ni excede ni se queda corto, y éste no es ni uno ni el mismo para todos.” (...) “La virtud, entonces, es un término medio, o al menos tiende al medio. Además, se puede errar de muchas maneras (pues el mal, como imaginaban los pitagóricos, pertenece a lo indeterminado, mientras el bien a lo determinado), pero acertar sólo es posible de una (y, por eso, una cosa es fácil y la otra difícil: fácil errar el blanco, difícil acertar); y, a causa de esto, también el exceso

mediante estándares de excelencia internos de la propia actividad, que de faltar nos impediría alcanzarles.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

y el defecto pertenecen al vicio, pero el término medio, a la virtud: Los hombres sólo son buenos de una manera, malos de muchas. Es, por tanto, la virtud un modo de ser selectivo, un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría el hombre prudente (s.f./1985, II, 6, 1106a-1106b).

Así pues, tres son las disposiciones, y de ellas, dos vicios – uno por exceso y otro por defecto – y una virtud, la del término medio; y todas, se oponen entre sí de cierta manera; pues las extremas son contrarias a la intermedia y entre sí, y la intermedia es contraria a las extremas (s.f./1985, II, 8, 1108b).

Tomando en consideración tal punto de equilibrio como la exégesis de las virtudes, se puede afirmar que cada virtud relacionada a cada uno de los principios que habrían de inspirar la actividad humana en las instituciones sociales, como el mercado, puede ser alcanzada con la ayuda de actividades inspiradas en los otros dos principios, es decir, las deficiencias del actuar humano relacionadas a alguno de los principios pueden ser disminuidas con la ayuda de actividades inspiradas en alguno de los otros dos principios. Influencia que también se hace presente en el caso de los excesos del actuar humano en inspiración de uno de los principios, que habrían de ser atemperados por la influencia de actos guiados por los otros dos principios (van Staveren, 2001, p. 155).

Es pertinente referir que, de forma consistente con la ontología aristotélica, las virtudes relacionadas a cada uno de los dominios propios de la trinidad revolucionaria tienen valor intrínseco y no pueden considerarse dentro de una relación instrumental, sino bajo una relación de interdependencia (Crespo, 2013a, p. 112). Cada uno de los dominios funciona en sus propios términos, pero al mismo tiempo cada uno de ellos son un prerequisite para el funcionamiento del resto de los dominios, ello sin ser instrumentales entre sí. Esta relación surge de las deficiencias inherentes a cada dominio y de los excesos potenciales resultantes de la especialización de estos (van Staveren, 2001, p. 155).

Cuando uno de los dominios de los principios de la trinidad ‘Libertad, Igualdad y Fraternidad’ es deficiente, su influencia no se refleja adecuadamente en las instituciones sociales, como el mercado, ya que no se generan las capacidades en

los agentes que les ayudan a desarrollar los valores inherentes a cada principio y un dominio deficiente no es susceptible de alimentar a los otros dominios para disminuir sus deficiencias respectivas. Por tanto, es necesario para el óptimo funcionamiento de cada dominio que este alcance un punto de umbral mínimo para funcionar correctamente y alimentar al resto de los dominios, umbral que es indeterminado en estricto sentido (*ibidem*, p. 156).

De igual forma, cuando uno de los dominios resulta dominante, constriñe el funcionamiento de los otros dos dominios, por lo que habría también de ser considerado un umbral superior que no debe ser excedido, ya que solo permaneciendo bajo sus límites se evitará la preeminencia de un dominio sobre el resto (*ibidem*, p. 157; Alcott, 1986).

En un sentido diverso y no plenamente disonante, Elizabeth Ann Bartlett (1986) consideró que la interacción de los dominios correspondientes a la trinidad se realiza de forma paradójica, ya que refiere que si la libertad, la justicia y la fraternidad²⁰ coincidiesen en sus expresiones absolutas, resultarían contradictorias. Sin embargo, de presentarse cada uno en una extensión moderada, habrían de nutrirse recíprocamente y funcionar como respaldos entre sí. Bartlett afirma que los principios de la trinidad solo son contradictorios cuando uno o más de estos se encuentra en su extremo, es decir en su absoluta expresión. Por tanto, cuando estos son situados simultáneamente, no interactúan de forma tal que se causen detrimentos entre ellos, sino que logran balancearse y definirse recíprocamente.

²⁰ Bartlett sustituye la nominación del principio fraternidad por “sororidad”, con lo que evoca la vinculación femenina en hermandad y la autoafirmación y descubrimiento de identidad en una visión centrada en la mujer. No obstante lo acotado de tal concepción, esta resulta una parte del todo que representa la fraternidad, ello en el contexto expuesto en el presente trabajo. Asimismo, no resulta impertinente suponer que Bartlett no usa el término fraternidad, por tener una raíz etimológica relacionada al género masculino, así que por una intención delimitadora y dignificante, habría preferido usar el término sororidad, algo muy similar a lo que acontece con Kant y su uso del término ‘independencia material’ al referir al principio que equilibraría a la igualdad y la libertad, mismo al que recurre para eludir enunciar al término fraternidad, un principio con implicaciones democráticas no consistentes con su republicanismo propietario (Kant, 2000, pp. 31-34; Touchard, 1961, p. 381; Puyol, 2017, pp.125 y 126).

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Esta interacción habría de asimilarse al pensamiento de Albert Camus (1978)²¹, al reconocer que los campos de aplicación de cada uno de los principios no son absolutos y que deben atender a los límites de actividad natural del resto de aquellos integrantes de la trinomía²².

Esta actuación simbiótica de los principios de la trinomía es lo que mantiene el equilibrio y evita que uno o dos de estos se vuelvan tan extremos que restrinjan a los diversos. Paradójicamente es la contradicción inherente la que crea la tensión y es la tensión la que evita la contradicción (Bartlett, 1986).

Otra interpretación que resulta armónica con la conceptualización de la necesidad de equilibrio entre los dominios de la Libertad, Igualdad y Fraternidad que inciden en la vida social puede ser encontrada en la obra de Michael Walzer (1983, pp. 6-10)²³, quien ha considerado que la prevalencia o dominación de una esfera de la vida social sobre las otras va en contra de lo que una sociedad plural con valores plurales percibe como valioso (*ibidem*, p. 119)²⁴, es decir, si se elimina la dominación de una esfera sobre otras, la autonomía de todas las esferas será establecida (*ibidem*, p. 20).

²¹ Camus rechazó las absolutizaciones en los principios, resultará esclarecedor reproducir una consideración de su obra “El hombre rebelde” (1978, p. 263) al respecto: “*lejos de reclamar una independencia general, el rebelde quiere que se reconozca que la libertad tiene sus límites en todas partes donde hay un ser humano, siendo el límite, precisamente, el poder de rebelión de ese ser. Ésta es la razón profunda de la intransigencia rebelde. Cuanto más conciencia tiene la rebelión que reclama un límite justo, tanto más inflexible se muestra. El rebelde exige, sin duda, cierta libertad para sí mismo, pero en ningún caso, si es consecuente, el derecho de destruir el ser y la libertad del prójimo.*”

²² Este filtro de visualización lo ofrece la moral de los límites de Camus identificable parcialmente como “pensamiento del mediodía”, permite percibir la armonía en la interacción conjunta de los principios, ya que denota la ausencia de antagonismo entre medios y fines, en la que son aquéllos los que justifican a éstos y no al revés (Vargas Llosa, 1976).

²³ Ello no obstante que los dominios considerados por Walzer son muy disímolos a la trinomía de Libertad, Igualdad y Fraternidad que ha apoyado el planteamiento conceptual del presente capítulo. Para Walzer lo que incide en la vida social son bienes sociales, los cuales no tienen una naturaleza esencial, es decir, su contenido es relativo a los significados que le atribuye la propia sociedad.

²⁴ Walzer ejemplifica pertinentemente esta idea cuando refiere que una postura radical del *laissez-faire* (dejar ser, dejar hacer), devendría en un estado totalitario, invadiendo cada una de las otras esferas, dominando cada otro proceso distributivo.

Bajo el contexto aristotélico abordado, la virtud se encuentra entre la deficiencia y el exceso, debido a la potencia de cada dominio relacionado a los principios ‘Libertad, Igualdad y Fraternidad’ de ubicarse en tales extremos ajenos a la virtud, estos necesitan transferir sus valores entre sí para que puedan funcionar dentro de tal ubicación. Este espacio entre la deficiencia y el exceso se alcanza a través de la conducta racional de los actores respecto a los valores inmersos en cada principio, usando todas sus capacidades éticas para alcanzar los valores de cada dominio, por tanto, se involucra un balance entre estos (van Staveren, 2001, p. 157).

Como se ha referido, los dominios son interdependientes, ya que la deficiencia y el exceso de uno, influencia la deficiencia y exceso de los otros. El entendimiento de los dominios dependerá del entendimiento del todo, un todo equilibrado, y tal entendimiento solo podrá lograrse a través de la comprensión de sus partes y de los equilibrios que guardan recíprocamente.

Este equilibrio entre dominios es asimilable a la teoría del equilibrio general o *multiple equilibria*, la cual explica como a través de la interacción de distintos universos microeconómicos se alcanza el equilibrio macroeconómico que involucra a toda una comunidad y que resuelve el problema central de la asignación y distribución de los recursos (Weintraub, 1982, pp. 15-17), lo cual en analogía permitiría afirmar que el equilibrio dentro de cada dominio de la trinomía en suma al equilibrio en las relaciones de cada dominio con los otros dominios, llevaría al equilibrio general en el sistema social en cuestión.

Bajo esta simplificada y profunda trinchera del equilibrio, podemos tomar importantes matices de la obra de Hayek²⁵, quien delimitó el funcionamiento del mercado en los siguientes términos (1978, pp. 159-160):

El orden de la actividad social se muestra en el hecho de que los individuos pueden llevar a cabo un plan consistente de acción que quizás en cada momento de su proceso descansa en la expectativa de ciertas contribuciones por parte de sus

²⁵ Hayek defendió un liberalismo que reconoce el hecho del nacimiento espontáneo de muchas instituciones humanas, como fruto de acciones no intencionales en los hombres, un liberalismo que concibe el bienestar general como la preservación de un orden abstracto e independiente de objetivos que está asegurado por la obediencia a reglas abstractas de conducta justa (Crespo, 1997).

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

semejantes. “Es obvio que en la vida social existe cierta clase de orden permanente y firme. Sin él, ninguno de nosotros sería capaz de emprender negocios o de satisfacer sus más elementales necesidades”. Esta ordenación no puede ser resultado de una dirección unificada, si queremos que los individuos ajusten sus acciones a determinadas circunstancias únicamente conocidas por ellos y nunca conocidas en su totalidad por una sola mente. De esta forma, el orden con referencia a la sociedad significa esencialmente que cada acción individual está guiada por previsiones afortunadas y que los individuos no solamente utilizan efectivamente su conocimiento, sino que también pueden prever con un alto grado de confianza la colaboración que pueden esperar de otros.

En Hayek hay una noción clara de equilibrio como tendencia, un orden espontáneo. Se trata de un equilibrio dinámico, el cual conceptualiza de la siguiente manera (2012, p. 45):

A la luz de nuestro análisis del significado de un estado de equilibrio sería sencillo decir cuál es el contenido real de la afirmación de que existe una tendencia al mismo. Dificilmente pueda significar otra cosa que, bajo ciertas condiciones, se puede suponer que el conocimiento y las intenciones de los diferentes miembros de la sociedad tienden a ponerse más y más de acuerdo o, para decirlo de modo menos general y exacto pero más concreto, que las expectativas de la gente, y particularmente de los empresarios, se harán progresivamente más correctas.

Se pueden destacar de este equilibrio de acuerdo a Hayek dos características: la compatibilidad de los planes subjetivos personales y la congruencia entre las expectativas subjetivas y los hechos objetivos²⁶. Asimismo, se destaca que la obtención del equilibrio es un problema de coordinación de planes: es un problema en sí mismo, sin referencia a un ideal a alcanzar; pero en la medida en que haya realmente coordinación libre, la misma conduce espontáneamente al equilibrio,

²⁶ Hayek (2012, p. 87) cree firmemente en el funcionamiento del mecanismo, ya que manifestó *“Estoy convencido de que si fuera el resultado de las intenciones humanas, y que si la gente guiada por los cambios de precios entendiera que sus decisiones van mucho más allá de lo que buscan de modo inmediato, este mecanismo hubiera sido aclamado como uno de los más grandes triunfos de la mente humana. Su malaventura es doble: no es el producto de las intenciones humanas y la gente guiada por los mismos habitualmente no sabe por qué hace lo que hace.”*

coordinación que a su vez depende de dos factores: el conocimiento y la libertad de coacción (Crespo, 1997).

Lo anterior es congruente con lo antes afirmado en el sentido de que el equilibrio dependerá de la interacción adecuada de las virtudes relacionadas a cada uno de los dominios de la trinidad ‘Libertad, Igualdad y Fraternidad’, ya que la libertad permitiría la difusión del conocimiento y permitiría la ausencia de coacción en los sujetos intervinientes, en tanto que, la justicia limitaría aquellas acciones que no buscan intencionalmente fines que trasciendan al fin individual y, por su parte, la fraternidad se manifestaría a través de la reciprocidad en la colaboración hacia un objetivo común.

Es pertinente realizar acotaciones adicionales respecto a las perspectivas expuestas de Hayek, ya que el ámbito del mercado, que depende de tantas circunstancias particulares, difícilmente permitirá un conocimiento perfecto, por ello no se puede hablar de equilibrio de mercado absoluto sino de una tendencia al equilibrio del mercado. Es por ello por lo que el proceso adquiere una importancia inédita, debido a que involucra el flujo de información y el aprendizaje de esta (Hayek, 1990, pp. 91-92): *“solamente porque el mercado mueve a los individuos a emplear su conocimiento singular de oportunidades y posibilidades particulares para sus propósitos puede lograrse un orden que incluye en su totalidad el conocimiento disperso que no es accesible a nadie como un todo.”*

La expuesta interpretación respecto a la necesidad de equilibrio entre los dominios de la trinidad Libertad, Igualdad y Fraternidad no es uniformemente aceptada, existen voces en disenso como quienes han sido calificados como subjetivistas radicales, debido al común denominador de sus posiciones críticas a las posturas que Hayek y otros autores que enarbolan la teoría del equilibrio general. Refirámonos al berlinés Ludwig Lachman (1976), quien puso en duda la concepción de que el proceso de mercado es una secuencia de conductas tendientes al equilibrio, ya que se preguntó si ¿puede el mercado difundir las expectativas del mismo modo que lo hace con la información? Si se traslada el subjetivismo al campo de la interpretación de los datos que da lugar a las expectativas, ya no podemos afirmar que la información creciente nos conducirá al equilibrio. Tendremos, sin

duda, un equilibrio diario porque se acaba el día, pero de ningún modo una tendencia al equilibrio (Crespo, 1997).

Por su parte, Ulrich FehI (1986, pp. 72-86) considera que la tendencia propia del mercado se direcciona al desequilibrio, el cual configura un orden *sui generis*. En tal contexto, la subjetividad de expectativas y su diversidad inherente se vuelven una fuerza productiva, por tanto, se debe incluir al desequilibrio como una fuerza propia del mercado, por tanto, la teoría general del equilibrio debe favorecer la asimilación de los factores inmanejables²⁷, puesto que son reales, motores del desarrollo y de un orden económico adaptativo.

Mark Addleson (1995, p. 5), sumado a este disenso, afirma desde una perspectiva interpretativa de la economía que no hay algo así como el equilibrio. Afirma que epistemología y la ontología vinculada a la teoría del equilibrio general, bajo los postulados económicos neoclásicos, no tienen nada que ver con la forma como la gente asimila conocimiento. La conducta humana es el resultado de la asimilación de conocimiento, por tanto, las explicaciones de dicha conducta requieren el entendimiento de cómo la gente asimila conocimiento. Addleson (p.6) sostiene que las teorías que involucran al equilibrio como una forma de optimizar la conducta humana son deficientes para la explicación de la conducta humana, por tanto, sostiene que para la comprensión de esta es necesario atender a las motivaciones, intereses y las relaciones de las personas con otras personas. Es pues que se apunta que las concepciones que asumen el equilibrio y esta postura interpretativa de Addleson son mutuamente excluyentes (p. 130).

No se coincide con el alcance y contenido de estas críticas subjetivistas radicales, ya que al contraponer los puntos analizados previamente de tales críticas con la propuesta de interacción entre los dominios de la trinidad 'Libertad, Igualdad y Fraternidad' expuesta en este trabajo, se considera que esta última difiere significativamente de aquella noción del equilibrio propia de Hayek y del pensamiento económico neoclásico y su teoría general del equilibrio, que fue el

²⁷ Respecto a estos elementos inmanejables, Jack High (1986, pp. 113-116) coincide en la postura de FehI y propone considerar a la innovación como un elemento endógeno del mercado y no como lo hace Hayek, que le considera exógeno. Asimismo, Garrison (1986, pp. 87-101) sin alejarse de High y de FehI, propone incluir dentro de los elementos inmanejables a los acuerdos institucionales.

objeto de estudio de las opiniones en disenso relatadas, ya que la perspectiva de este trabajo y de la interacción de la trinidad 'Libertad, Igualdad y Fraternidad' es interpretativa, con un balance contextual y naciente de las interacciones interdependientes de las personas en su conducta social o, particularmente, en sus actividades concurrenciales.

Un ejemplo de un dominio deficiente de libertad es la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), donde los mercados estaban restringidos por disposición legal, ello pese a la existencia de determinados mercados marginales, como el mercado laboral y la aparición de una economía clandestina (Aslund, 2002, pp. 25-46). Las limitaciones a la libertad no solo provocaron ineficiencias económicas en la URSS, sino que también impusieron una gran carga sobre los otros dos dominios que distribuían la mayor parte de la actividad económica sobre el estado, lo que invariablemente condujo a un modo miserable de vida a su población (*ibidem*, p. 38).

Ejemplo de un dominio de justicia deficiente se puede encontrar en la Rusia de la década de los noventa, momento histórico en el que dicho país pasó de un esquema económico de planificación centralizada a una economía de mercado. La desaparición del antiguo régimen comunista provocó la ineficiencia del sistema de recaudación de impuestos y una profunda inequidad como resultado de una actividad irregular del estado caracterizado por la libertad excesiva de unos cuantos que controlaron gran parte del sistema económico (*ibidem*, pp. 109-112). La volatilidad de los mercados financieros de Rusia no se vio atenuada por el control del banco central u otras reglas diseñadas centralmente (*ibidem*, pp. 235-239).

Respecto de las fallas en el dominio de la fraternidad, podemos atender a lo que acontece en el sur de Italia, región que se encuentra muy por detrás de la región norte de tal país, en la acumulación de capital social. Estos niveles deficientes inhiben el buen funcionamiento de los órganos de gobierno y del mercado, ya que, en este último caso, el ingreso per cápita es menor en el sur en comparación con el norte (Putnam, 1993, pp. 99-101 y 158).

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Ahora bien, como visualización las relaciones antes expuestas se ofrecen determinados ejemplos de la interacción de los principios integrantes de la trinidad revolucionaria en estudio:

- i. **Fraternidad y libertad.** La fraternidad conlleva determinadas obligaciones, las cuales surgen sin que los sujetos vinculados tuvieran una posibilidad de opción real (Spicker, 2006, p. 140). No se elige a nuestras familias o a nuestras comunidades, ni a los comerciantes con los que competiremos, pero tenemos obligaciones hacia ellos. Esta oposición con la libertad no es absoluta, la fraternidad puede considerarse como un requisito para darle a la gente la seguridad básica que es necesaria para actuar libremente (Rutherford, 2008). Si la libertad es entendida en un contexto social, la capacidad de las personas de actuar depende de la cooperación con otros y, por tanto, del grado de fraternidad entre ellos (Vlastos, 1942; Holt, 1939, pp. 59-61). Requerir a una persona para comprometerse con las estructuras sociales fraternales, por ejemplo, a través de la inclusión de políticas, puede ser consistente con el desarrollo de su autonomía (Spicker, 2006, p. 141). Muchos de los acuerdos por los cuales la sociedad es capaz de proteger a sus miembros han sido establecidos a través de expresiones de voluntad y reciprocidad, no a través de la coerción²⁸.
- ii. **Fraternidad y Justicia.** La interacción de los principios de fraternidad y de justicia tiene diversas caras, habremos de mencionar cuatro de ellas:
 - a) La primera habrá de apreciarse en la redistribución, una manifestación de la caridad que enfatiza la responsabilidad de cada miembro de una sociedad hacia los otros, es pues la idea general de que aquellos con mayor riqueza tienen una obligación continua con

²⁸ Robert Putnam (2000, pp. 346-358) resalta la importancia de las conexiones sociales para la obtención de beneficios individuales, dado que incluso afectan las oportunidades en la vida de una persona. Es pues que estas conexiones a las que refiere como un “capital social”, de ser del tipo adecuado, inciden en la eficiencia económica de un individuo, ya que cuando florecen todos nos beneficiamos y, por el contrario, cuando se atrofian, todos pagamos un precio alto. Puede encontrarse una opinión coincidente en Francis Fukuyama (1995, pp. 341-342) quien refiere que la confianza social implica una ventaja natural, ya que relaciones sociales sólidas ahorran esfuerzos para negociar, adjudicar y hacer exigibles las interacciones comerciales.

aquellos que tienen menos (Sahlins, 2017, pp. 175-176). La razón de esta generalidad obedece a un rasgo funcional, que es que la aceptación de la responsabilidad hacia al pobre es el único punto de contacto de aquellos menos favorecidos con el resto de la sociedad y sin esta aceptación aquellas sociedades que excluyeran tal interacción tenderían a dejar de existir (Spicker, 2006, p. 139).

- b) La segunda cara que se referirá es la universalidad, cuya intención es la de proveer servicios públicos y sociales bajo una base de igualdad, en la que todos habrían de tener el derecho de recibir un beneficio (*idem*). En esta manifestación de la interacción entre fraternidad y justicia es clara, por un lado, la manifestación de la justicia al proveer a la gente de una base común, que resulta central en la igualdad de oportunidades y, por otro lado, que la fraternidad participa en la promoción de la cohesión social (Puyol, 2015, p. 28).
- c) El tercer rostro de esta interacción es la inclusión social, en el que cada persona extiende a extraños el tipo de compromiso y sentido de obligación que estaría reservado para aquellos que le son más cercanos (Reisman, 2001, 134).
- d) La cuarta manifestación que se referirá es la lealtad, concepto central en el presente trabajo, en este valor se aprecia plenamente la interacción entre los principios de fraternidad y de justicia, ello atendiendo a su influencia en la conducta de los individuos, en el espíritu comunal y su relación entre fines y medios. En el siguiente apartado se referirá con mayor amplitud a dicho valor producto de la interacción de los principios aquí referidos.

LEALTAD.

Shakespeare (1606/2005, I, 1,) abre su obra Macbeth con las famosas palabras “*Lo bello es sucio y lo sucio es bello. Flota en bruma y aire espeso*”²⁹ y tal expresión es un reflejo justo de la inconformidad común con la lealtad, ya que se trata de una noción elusiva, difícilmente definible y que puede convertirse en lo exactamente opuesto a lo que se dice ser.

²⁹ “*Fair is foul and foul is fair. Hover through the fog and filthy air*”.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Existe un problema común al tratar de delimitar a una conducta como leal, ya que no existe un concepto con fronteras claras que establezca el alcance y contenido de una conducta de tal tipo. Para efecto de acercarnos de una mejor forma a esta elusiva noción, a continuación, se refiere a tres elementos que resultan centrales para entender a una conducta como leal:

- I. La lealtad se relaciona a la conducta de los individuos en su interacción social. Atento a ello la lealtad se relaciona al proceso más que al resultado de la interacción (Fikentscher et al, 2013, p. 72). Los elementos típicos de las reglas de lealtad son trato equitativo, no discriminación, oportunidades equitativas o la observancia de procedimientos estándar (Beviglia Zampetti, 2006, p. 27). En un escenario económico, el elemento procedimental de la lealtad guía la atención de la autonomía de las partes de una transacción, su conducta y su campo de trabajo para entrar y ejecutar transacciones. Idealmente, el proceso de realización de decisiones de las partes respeta los estándares procedimentales (Fikentscher et al, 2013, p. 73).
- II. La lealtad describe la relación entre los fines y los medios, ya que desarrolla su poder regulador en situaciones de rivalidad y necesidad, lo cual son situaciones definitorias de una economía de mercado (Gauthier, 1986, p. 272; Nozick, 1976, pp. 161-163). Si existe discrepancia absurda entre riesgos y responsabilidades o entre costos y beneficios de las partes involucradas en una transacción, puede haber deslealtad involucrada. Exponer a la otra parte a una transacción con un muy alto riesgo puede probar su deslealtad, en particular si es que no existe una adecuada compensación. En este aspecto de proporcionalidad, el concepto de lealtad es cercano al sentido común: ningún medio particularmente peligroso requiere ser utilizado ni se necesitan alcanzar fines particularmente exorbitantes (Chartier, 2009, pp. 15-18). Al atender a los costos de las transacciones, la lealtad establece algunas ideas muy ambiciosas. Se demanda equidad (no equivalencia): los premios y los costos dependerán de la contribución y de la inversión, esto mismo expresado en el contexto del mercado se puede enunciar como que la lealtad trata sobre la competencia y sus méritos. El premio (lo cual en una economía de mercado es el más alto ingreso) debe otorgarse a quien más lo merezca, aquel que invirtió y trabajo duro por proveer un producto valioso (Cohen, 1986, p. 61).

- III. La lealtad posee un rol en el espíritu de la comunidad. Una comunidad vive en paz social si sus miembros respetan las reglas básicas y se tratan entre sí de un modo muy respetuoso. Si no lo hacen así, se comportan deslealmente, buscando su propia ventaja a costa de aquellos con los que interactúan a costo de toda la comunidad (Franck, 1995, p. 11). La lealtad, por tanto, tiene que ver con las reglas básicas que mantienen a la comunidad junta y, por tanto, es influenciada por los valores sociales de la comunidad.

Las tres características en suma conducen a una definición abstracta de lealtad, que habría de enunciarse como respetar los estándares comunales que aseguran los méritos en la competencia. Esta definición apunta al aspecto de la lealtad en la comunidad y su valor para mantener a la comunidad de negocios junta. También se vincula al aspecto de proporcionalidad en virtud de su ánimo de competir en sus méritos (por ejemplo, una conducta de mercado orientada al rendimiento). Finalmente, al establecer los estándares, se forma el aspecto procedimental de la lealtad, el pensamiento de proveer de un marco de referencia básico (Fikentscher et al, 2013, p. 74).

¿POR QUÉ LA LEALTAD ES NECESARIA EN EL MERCADO?

Para dar respuesta a esta interrogante se recurre a John Rawls y su modelo de sociedad construida en las modalidades justas de cooperación social. Rawls imaginó a los miembros de la sociedad negociando los principios de justicia y las modalidades de cooperación detrás de un “velo de ignorancia”³⁰, individuos racionales, mutuamente desinteresados, sin conocimiento sobre la posición en la sociedad del otro individuo. De acuerdo con Rawls (1999, pp. 17-22 y 2001, pp. 14-17), dicha posición es el *statu quo* inicial apropiado, el cual asegura que los acuerdos fundamentales a los que se ha llegado son en sí leales³¹.

³⁰ Soto Morales (2013, p. 92-93) refiere que la posición derivada de ese actuar bajo tal velo idealizado por Rawls, es una concepción más abstracta que el contrato social. Esta posición clarifica la mente de quienes intervienen en la concertación del acuerdo y clarifica la idea de sociedad que se desea materializar, delimitando los términos de cooperación y las convicciones inherentes.

³¹ Habrá de entenderse que esta posición original es la noción que actualiza a la sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre personas libres e iguales (Soto Morales, 2013, p. 92).

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

Rawls, de igual forma ofreció otro concepto que resulta útil para explicar el rol de la lealtad en el comercio, el principio del *fair play*³², el cual ha sido elaborado con intención de justificar obligaciones políticas y legales, bajo la creencia que aceptar un beneficio crea la obligación de contribuir con su costo de reproducción. Quienes incumplen con dicha obligación, toman una ventaja desleal respecto a otros y violan el principio de *fair play* (Simmons, 1979; Broad, 1916)³³. A continuación, se reproduce la exposición de Rawls (1964) de este principio:

El principio del *fair play* se puede definir de la siguiente manera. Supongamos que existe un esquema de cooperación social mutuamente benéfico y justo, y que las ventajas que produce solo se pueden obtener si todos, o casi todos, cooperan. Supongamos además que la cooperación requiere un cierto sacrificio de cada persona, o al menos implica una cierta restricción de su libertad. Supongamos finalmente que los beneficios producidos por la cooperación son, hasta cierto punto, gratuitos: es decir, que el esquema de cooperación es inestable en el sentido de que si una persona sabe que todos (o casi todos) de los demás continuarán haciendo su parte, aún podrá compartir una ganancia del esquema, incluso si él no hace su parte. En estas condiciones, una persona que ha aceptado los beneficios del plan está obligada a cumplir su deber de hacer lo que le corresponde y no aprovechar los beneficios gratuitos al no cooperar.

De alguna forma, el principio de *fair play* obliga a todos los participantes en esquemas de cooperación social del que deseen beneficiarse a poner de su parte y no beneficiarse abusivamente de los esfuerzos de otros (Arneson, 1982).

³² En español principio del “juego limpio”. Este no debe confundirse con los dos principios de justicia, que están en el corazón de la teoría de Rawls de *Justice as Fairness*, es decir, el principio de justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia, que tienen por objeto regir la estructura básica de una sociedad justa. Este principio de juego limpio, en cambio, sirve como un vínculo entre dichos principios de justicia y las obligaciones individuales de cumplir con prácticas sociales específicas (Soto Morales, 2013, pp. 107-112; Puyol, 2015, pp. 40-46).

³³ Previo a la exposición de Rawls, Hart (1955, p. 175-191) realizó una concreta expresión del mismo concepto, ello en estos términos: “cuando un grupo de personas dirigen una empresa conjunta según un determinado reglamento, y restringen por tanto su propia libertad, los que se han sometido a tales restricciones cuando así se les exigió tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado con su sumisión.”

La lealtad se relaciona (pero no se identifica con) la idoneidad de la distribución entre cargas y beneficios. Los resultados justos son generalmente los que surgen de procesos justos. Un comercio leal se lleva a cabo en condiciones más o menos iguales. La reciprocidad mostrada en el compromiso, el consentimiento mutuo de los términos, el cumplimiento de las reglas comunes y el no recurso a la coacción o el fraude son cruciales para la lealtad de muchos acuerdos (Beviglia Zampetti, 2006, p. 27).

Tomando como base la mencionada posición inicial y este principio del *fair play*, tal como sucede con los principios de Libertad e Igualdad, la lealtad puede ser percibida bajo dos manifestaciones, la lealtad negativa, por la cual todas nuestras acciones deben tener como ideal rector alcanzar el bien de todos los seres humanos y, como manifestación complementaria, la lealtad positiva, bajo la que nuestras acciones deben tener como ideal rector ayudar a todos los seres humanos a alcanzar intereses que no pueden lograr por sí mismos y desean ayuda para lograrlos (Arvan, 2016, pp. 155-168).

La lealtad es un principio vital de las interacciones sociales, ya que les permite legitimarse. La gente acepta determinada configuración para la realización de sus interacciones debido a su creencia que dichos parámetros son justos (Stiglitz y Charlton, 2005, p. 81). La configuración aquí tratada es la economía de mercado, un aspecto constitutivo del orden social en las democracias modernas. En una democracia, la legitimidad reside en la aceptación general de la gente en que ha elegido instituciones y configuraciones adecuadas y que, por tanto, confían en que funcionan lo suficientemente bien y pueden ser confiables. Esta forma de aceptación consensual de instituciones básicas se convierte en lo más relevante, tomando en consideración que el electorado normalmente no está llamado para atender las decisiones básicas en relación con el sistema económico (Fikentscher et al, 2013, p. 75). Aquí, la aceptación de la configuración general en realidad reemplaza las decisiones democráticas acerca de sistemas (Pogge, 2007, p. 140).

Presentar a la lealtad como principio ofrece la oportunidad de aumentar la aceptación y legitimidad (y por tanto preservar al propio mercado) (Franck, 1995,

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

p. 25). Esta oferta hace necesario diseñar reglas para las transacciones económicas detrás de un “velo de ignorancia” (Puyol, 2015, p. 38).

La aceptación no se relaciona al sistema como tal. Una economía de mercado está también construida en la confianza entre los agentes del mercado, una confianza general que en la mayoría de las transacciones el otro agente resultará ser un participante leal (Baker y White, 2016, p. 221). Esa confianza en la lealtad general del sistema y de su función disciplinaria hacia los participantes del mercado es lo más importante si las transacciones se vuelven más complejas. La complejidad de las transacciones requiere confianza en aquellos que toman la responsabilidad de velar por los estándares de interacción social y en los incentivos del sistema económico para actuar lealmente. La confianza para dejar a otros tratar con temas económicos personales se aferra en el principio de lealtad como el principio gobernante para el funcionamiento del mercado (Fikentscher et al, 2013, p. 76).

IV. CONCLUSIÓN

La condición social del ser humano está conectada con los límites establecidos por su realidad material. En tal contexto, las relaciones sociales servirían como el instrumento idóneo para contrarrestar tales limitaciones, ello en tanto que permitan a las propias asociaciones de personas y a cada persona el logro más pleno y fácil de la propia perfección, lo cual es la expresión esencial del bien común.

Comúnmente el intercambio de bienes y servicios toma lugar en el mercado, una parte de la sociedad y su propio funcionamiento depende de su orientación hacia el bien común, permitiendo que cada persona obtenga lo que necesita.

Una institución social para lograr sus fines debe estar basada en buenas reglas derivadas de principios democráticamente elegidos, ya sean explícitos en ley o implícitos en un pacto social. Una forma de expresión de tales principios es la trinidad ‘Libertad, Justicia y Fraternidad’, una derivación de la máxima de la revolución francesa “liberté, égalité, fraternité”, esta trinidad enuncia la causa y base de lo que es reflejo el contrato social.

El siguiente cuadro incluye los enunciados mínimos de cada uno de los principios antes referidos para facilitar su visualización:

LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA

PRINCIPIO	MANIFESTACIÓN FORMAL	MANIFESTACIÓN MATERIAL
LIBERTAD	Hacer o no hacer todo lo que las leyes permiten, o bien, no prohíben.	Facultad de actuar o autonomía
JUSTICIA	Igualdad.	Lo que los individuos encuentran como legítimo y lo que legítimamente pueden demandar de su gobierno
LEALTAD	Acciones que desean alcanzar el bien de todos los seres humanos	Acciones que buscan ayudar a todos los seres humanos a alcanzar intereses que no pueden lograr por sí mismos y desean ayuda para lograrlos.
SÍNTESIS	Que toda persona pueda actuar o no libremente de acuerdo con los estándares comunales inspirados en la búsqueda del bien común o bienestar social.	Que toda persona pueda actuar libremente, bajo los criterios de reciprocidad enmarcados en estándares comunales que tienden al bien común o bienestar social. Y que en caso de que determinada acción resulte contraria a dicho bien común, pueda exigirse al Estado que no sea tolerada.

En la parte final del cuadro se ha incluido un ejercicio de síntesis en el que se ha procurado expresar lo que podría ser el resultado de la interacción de las tres dimensiones de la ‘Libertad’, ‘Justicia’ y ‘Lealtad’, lo cual llevado al mercado brinda dos ideas que habrían de inspirar a un sistema normativo especializado en la regulación de este:

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

- (I) Bajo una perspectiva formal: Que toda persona pueda participar en el mercado o no libremente de acuerdo con los estándares comunales inspirados en búsqueda del bien común o bienestar social;
- (II) Bajo una perspectiva material: Que toda persona pueda participar en el mercado libremente bajo criterios de reciprocidad y los estándares comunales que aseguran los méritos en la convivencia social. Y que, en caso de que determinada acción resultase contraria a tales criterios y estándares, el Estado le reprima.

Atendiendo a ello habremos de entender que un sistema de regulación de mercado habrá de estar integrado por dos tipos de normas, aquellas que garantizan la posibilidad de interactuar en el mercado de acuerdo con los estándares comunales y aquellas que garantizan que tales estándares sean respetados, con objetivo de cuidar las interacciones sociales y así garantizar que el mercado realice la función al que está llamado, servir de instrumento para alcanzar el bien común.

Esta concepción es armónica con las reflexiones de Immanuel Kant (1998, p. 38) sobre la constitución republicana, en las que atendió la forma de establecer un sistema de reglas y mecanismos suficientes que hasta los disidentes se vean forzados a adoptarlos. Kant consideró que con un sistema de incentivos y sanciones adecuado toda persona, por más renuente que fuese, actuarían como si estuviesen movidos por el ánimo de respeto por las reglas que valen para toda la comunidad. Es decir, con una adecuada organización del Estado: *“el hombre está obligado a ser un buen ciudadano, aunque no esté obligado a ser un hombre moralmente bueno. El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso un pueblo de demonios, por muy fuerte que suene (siempre que tengan entendimiento)”* (*idem*). Por tanto, no sería aventurado afirmar que bastaría con observarse los resultados virtuosos de las instituciones jurídicas con equilibrio entre los dominios relacionados con los principios de ‘Libertad, Justicia y Fraternidad’ (lo que lleva implícito la participación de la ‘Lealtad’), para que cualquier persona aceptase ceñirse a las reglas derivadas de tal condición de equilibrio.

Habrá de realizarse el descargo que este trabajo al no haber planteado un estudio meticuloso de normas, casos y decisiones jurisprudenciales ni haber pretendido constituirse en una nueva tesis de filosofía general o del derecho, solo pretende brindar una perspectiva inspirada en la  tica de las virtudes de Aristóteles que puede explicar qué es la lealtad y de dónde surge. Esto en un esfuerzo de apuntar cómo las instituciones sociales habrían de tender a alcanzar lo bueno y deseable, es decir, como habrían de conservar su orientación a lograr “*el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia perfección*” (Concilio Vaticano, 2012).

REFERENCIAS

- Addleson, Mark. (1995) *Equilibrium Versus Understanding*, Routledge.
- Agra Romero, María X. (1994) Fraternidad. (Un concepto político a debate), *Revista Internacional de Filosofía Política*, 3, pp. 143-166.
- Amaya, Amalia. (2016) La relevancia de la fraternidad. En Ortiz Leroux, Sergio (Ed.), *Las formas de la fraternidad*, Ediciones Coyoacán.
- Alcott, Arthur. (1986) Liberty, Equality, and Fraternity, Harmonious and Reconcilable, *Journal of Social Philosophy*, 17, pp. 13-19.
- Aristóteles. (1985) * tica Nicomáquea.  tica Eudemia*, Gredos.
- Aristóteles. (1988) *Política*, Gredos.
- Aristóteles. (2011) *Magna Moralia*, Gredos.
- Arendt, Hannah. (1990) *On Revolution*, Penguin Books.
- Arneson, Richard J. (1982) The Principle of Fairness and Free-Rider Problems, *Ethics*, 92, pp. 616-633.
- Arvan, Marcus. (2016) *Rightness as fairness*, Palgrave Macmillan.
- Aslund, Anders. (2002) *Building Capitalism*, Cambridge University Press.
- Baggio, Antonio M. (2006) *El principio olvidado: la fraternidad*, Ciudad Nueva.
- Baker, Jennifer A. y White, Mark D. (2016) *Economics and the Virtues*, Oxford University Press.
- Bartlett, Elizabeth A. (1986) Liberty, Equality, Sorority: Contradiction and integrity in feminist thought and practice, *Women’s Studies International Forum*, 9, pp. 521-529.
- Berlin, Isaiah. (2002) *Liberty*, Oxford University Press.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

- Beviglia Zampetti, Americo. (2006) *Fairness in the World Economy*, Edward Elgar.
- Bobbio, Norberto. (2002) *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós.
- Boisvert, Raymond D. (2005) Diversity as Fraternity Lite, *The Journal of Speculative Philosophy*, 19, pp. 120-128.
- Bookchin, Murray. (1982) *The ecology of freedom*, Cheshire Books.
- Broad, C. D. (1916) On the Function of False Hypotheses in Ethics, *International Journal of Ethics*, 26, pp. 377-397.
- Bruni, Luigino. (2012) *The Genesis and Ethos of the Market*, Palgrave Macmillan.
- Camus, Albert. (1978) *El hombre rebelde*, Editorial Losada.
- Caldwell, Bruce. (2005) Economic Methodology: Rationale, Foundations, Prospects. En Uskali Mäki; Gustafsson, Bo; Knudsen, Christian (Eds.) *Rationality, Institutions and Economic Methodology*, Routledge.
- Chartier, Gary. (2009) *Economic Justice and Natural Law*, Cambridge University Press.
- Concilio Vaticano II. (2012) *Concilio Vaticano II – Documentos Completos*, Opus Dei – Oficina de Información.
- Cohen, Ronald L. (1986) *Justice*, Plenum Press.
- Cortina, Adela. (2000) *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos.
- Crespo, Ricardo. (1997) Libertad, orden espontáneo y equilibrio económico, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 37, pp. 125-152.
- Crespo, Ricardo. (2008) The Economic According to Aristotle: Ethical, Political, and Epistemological Implications, *Foundations of Science*, 12, pp. 281-294.
- Crespo, Ricardo F. (2013a) *Philosophy of the Economy*, Springer.
- Crespo, Ricardo F. (2013b) *Theoretical and Practical Reason in Economics*, Springer
- DeMarco, Joseph P. y Richmond, Samuel A. (1986) The Mutuality of Liberty, Equality, and Fraternity, *Journal of Social Philosophy*, 17, pp. 7-12;
- Dubink, Wim. (2003) *Assisting the Invisible Hand*, Springer Science+Business Media Dordrecht.
- Estheté, Andreas. (1981) Fraternity, *The Review of Metaphysics*, 35, pp. 27-44.
- Fehl, Ulrich. (1986) Spontaneous Order and the Subjectivity of Expectations: A Contribution to the Lachmann-O'Driscoll Problem. En Kirzner, Israel M. (Ed.) *Subjectivism, intelligibility and economic understanding*, Macmillan.
- Fikentscher, Wolfgang; Hacker, Philipp; Podszun, Rupprecht. (2013) *Fair Economy. Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Springer.
- Finnis, John. (2011) *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press.

LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA

- Fourcade, Marion. (2007) Theories of Markets and Theories of Society, *American Behavioral Scientist*, 50, pp.1015-1034.
- Franck, Thomas M. (1995) *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press.
- Fromm, Erich. (2007) *El miedo a la libertad*, Paidós.
- Friedman, Milton. (1982) *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press.
- Fukuyama, Francis. (1995) *Trust*, The Free Press Paperbacks.
- Garrison, Roger W. (1986) From Lachmann to Lucas: On Institutions, Expectations, and Equilibrating Tendencies. En Kirzner, Israel M. (Ed.) *Subjectivism, intelligibility and economic understanding*, Macmillan.
- Gauthier, David. (1986) *Morals by Agreement*, Oxford University Press.
- Geyh, Paula. (2009) *Cities, Citizens, and Technologies*, Routledge.
- Gilson, Étienne. (1951) *El tomismo*, Ediciones Desclée, de Brouwer.
- González Morfín, Efraín. (2018) *Textos Selectos*, Partido Acción Nacional.
- Gudeman, Stephen. (2001) *The Anthropology of Economy*, Blackwell Publishers.
- Hansen, Mogens H. (2010) Democratic Freedom and the Concept of Freedom in Plato and Aristotle, *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 50, pp. 1-27.
- Hart, Herbert L. (1955) Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, 64, pp. 175-191.
- Hayek, Friedrich A. (1978) *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago.
- Hayek, Friedrich A. (1990) *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge.
- Hayek, Friedrich A. (2012) *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago.
- High, Jack. (1986) Equilibration and Desequilibration in the Market Process. En Kirzner, Israel M. (Ed.) *Subjectivism, intelligibility and economic understanding*, Macmillan.
- Hobbes, Thomas. (1983) *De Cive*, Oxford University Press.
- Hobbes, Thomas. (1998) *Leviathan*, Oxford University Press.
- Holt, Arthur E. (1939) *This Nation under God*, Willett, Clark & Company.
- Juan Pablo II. (1987) *Sollicitudo rei sociales*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html#%241Y
- Kant, Immanuel. (1998) *Sobre la paz perpetua*, Editorial Tecnos.
- Kant, Immanuel. (2000) *Teoría y Práctica*, Editorial Tecnos.

LA LEALTAD Y SU ROL EN EL MERCADO

- Kronman, Anthony. (1979) Aristotle's idea of political fraternity, *The American Journal of Jurisprudence*, 24, pp. 114-138.
- Lachmann, Ludwig M. (1976) From Mises to Shackle: An Essay on Austrian Economics and the Kaleidic Society, *Journal of Economic Literature*, 14, pp. 54-62.
- Llano Cifuentes, Carlos. (2000) *La amistad en la empresa*, Fondo de Cultura Económica.
- Lindblom, Charles E. (2001) *The Market System*, Yale University Press.
- Lipovetsky, Gilles. (2000) *El crepúsculo del deber*, Anagrama.
- MacIntyre, Alasdair. (2007) *After Virtue*, University of Notre Dame Press.
- Meadowcroft, John. (2005) *The Ethics of the Market*, Palgrave Macmillan.
- Mignet, Francois-Auguste. (2006) *History of the French Revolution from 1780 to 1814*, Biblio Bazaar.
- Molinas, Jaime. (1889) *Cuerpo del derecho civil romano*, Kriegel, Hermann y Osenbrüggen
- Muipkead, J.H. (1910) Liberty – Equality Fraternity, *The Sociological Review*, 3, pp. 197-204.
- Mulhall, Stephen y Swift, Adam. (1996) *Liberals and Communitarians*, Blackwell Publishing.
- Munoz-Dardé, Veronique. (1999) Fraternity and Justice. En Bayertz, Kurt (Ed.) *Solidarity*, Kluwer Academic Publishers.
- Nozick, Robert. (1976) *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell.
- O'Neill, John. (2009) Market. En Peil, Jan y van Staveren, Irene (Eds.), *Handbook of Economics and Ethics*, Edward Elgar.
- Paz, Octavio. (2014) *Obras Completas*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica.
- Platón. (1988) *La República*, Gredos.
- Pontificio consejo "Justicia y Paz". (2015) *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Librería Editrice vaticana.
- Pogge, Thomas. (2007) *John Rawls, his life and Theory of Justice*, Oxford University Press.
- Popper, Karl. (1966) *The Open Society and Its Enemies*, Princeton University Press.
- Putnam, Robert D. (1993) *Making Democracy Work*, Princeton University Press.
- Putnam, Robert D. (2000) *Bowling Alone*, Simon & Schuster.
- Puyol, Ángel. (2015) *Rawls, El filósofo de la justicia*, Batiscafo.
- Puyol, Ángel. (2017) *El derecho a la fraternidad*, Catarata.
- Raynolds, Laura T.; Murray, Douglas; Wikinson, John. (2007) *Fair Trade, The challenges of transforming globalization*, Routledge.

LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA

- Rawls, John. (1964) Legal Obligation and the Duty of Fair Play, *Law, and Philosophy*, [s.v.], pp. 3-18.
- Rawls, John. (1999) *A Theory of Justice*, The Belknap Press.
- Rawls, John. (2001) *Justice as Fairness*, The Belknap Press.
- Reisman, David. (2001) *Richard Titmuss: Welfare and Society*, Palgrave.
- Reynolds, Amy. (2015) *Free trade and Faithful Globalization*, Cambridge University Press.
- Rutherford, Jonathan. (2008) Fraternity without equality and other Conservative ideals, *Soundings*, 39, pp. 98-107.
- Sachs, Albie. (2012) Liberty, Equality, Fraternity: Bringing Human Solidarity Back Into the Rights Equation, *Journal of Human Rights Practice*, 4, pp. 365-383.
- Sahlins, Marshall. (2017) *Stone Age Economics*, Routledge.
- Sen, Amartya. (2006) *Inequality Reexamined*, Oxford University Press.
- Shakespeare, William. (2005) *Macbeth*, Yale University Press.
- Simmons, A. John. (1979) The Principle of Fair Play, *Philosophy & Public Affairs*, 8, pp. 307-337.
- Spicker, Paul. (2006) *Liberty, Equality, Fraternity*, The Policy Press.
- Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew. (2005) *Fair Trade for All*, Oxford University Press.
- Soto Morales, Rodrigo. (2012) La configuración de lo justo en la teoría de John Rawls, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 280.
- Tomás de Aquino. (1990) *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos.
- Torres López, Juan. (2015) *Economía Política*, Ediciones Pirámide.
- Touchard, Jean. (1961) *Historia de las ideas políticas*, Editorial Tecnos.
- Vanberg, Viktor. (1986) Spontaneous Market Order and Social Rules, *Economics and Philosophy*, 2, pp.75-100
- Van Staveren, Irene. (2001) *The Values of Economics*, Routledge.
- Vargas Llosa, Mario. (1976) Albert Camus y la moral de los límites, *INTI, Revista de literatura hispánica*, 4, pp. 79-108.
- Vlastos, Gregory. (1942) Foundations of Democracy, Fraternity an Liberty, *The Journal of Religion*, 22, pp. 1-19.
- Walzer, Michael. (1983) *Spheres of Justice*, Basic Books.
- Weintraub, Eliot R. (1982) *General Equilibrium Theory*, Macmillan.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA COMO BARRERA A DERECHOS.

"Childhood without records: Administrative irregularity as an obstacle to rights."

AGUSTINA M. DELLASANTA¹

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RESUMEN

La irregularidad administrativa es un estado de excepción que, de facto, prima sobre toda otra condición, incluso la de niña, niño o adolescente. Encontrarse en tal circunstancia se traduce en un menoscabo de los derechos de las personas, en especial de la infancia y la adolescencia. Este artículo aporta parte del marco normativo que regula la materia, ofrece una fotografía de los niñas, niños y adolescentes de origen migrante que residen en España en situación administrativa irregular e intenta describir su realidad desde un enfoque de derechos y necesidades. Con todo, al final se formulan propuestas frente a un escenario que obstaculiza su calidad de vida, de acuerdo con estándares internacionales y nacionales.

Palabras clave: irregularidad administrativa infancia y adolescencia marco normativo derechos y necesidades propuestas.

ABSTRACT

Irregular status is a condition that, in practice, takes precedence over any other one, including being a child or adolescent. Being in such circumstances results in violation of people's rights, especially those of children and teenagers. This article provides the legal framework that regulates this matter, offers an overview of children and teenage immigrants residing in Spain under an irregular status, and aims to describe their reality taking into account their rights and needs. With all that information, the article suggests specific proposals that serve as partial solutions, which confront a scenario that deteriorates their quality of life, according to international and national standards.

¹ Abogada en la Universidad de Buenos Aires y colaboradora de *Advocacy de Save the Children* España (sede Madrid).

key words: irregular status children and teenagers legal framework rights and needs proposals.

INTRODUCCIÓN

España es un país atravesado en su historia por una dictadura de corte militar, ultracatólica y nacionalista, régimen autoritario al que le siguió una importante transición hacia una democracia representativa y liberal, enmarcada en un proceso de integración en el resto de Europa, luego de décadas de aislamiento. Si bien, desde aquel entonces, el progreso macro-político ha sido innegable, aún hoy se encuentran muy presentes en las sociedades –tanto ibéricas como las del resto de los países del continente europeo del populismo xenófobo y el identitarismo nacional, que tienden a situar al inmigrante como el enemigo sobre el que construir su discurso y su actividad, por identificarlo como un problema o amenaza para el desarrollo social y económico, la conservación de la cultura o la identidad nacional².

En este contexto, hay al menos dos premisas que el solo contacto con la realidad no nos permite negar: (i) de facto, la situación administrativa irregular es una suerte de estado de excepción que prima sobre toda otra condición, incluso la de niña, niño o adolescente; y (ii) encontrarse en tal circunstancia se traduce, indefectiblemente, en un menoscabo de los derechos de las personas, en especial –una vez más–, de la infancia y la adolescencia.

Este artículo no hace sino partir de estas dos premisas, aportando el marco normativo que regula la temática, a la vez de ofrecer una fotografía de los niñas, niños y adolescentes (NNyA) migrantes que residen en España en situación administrativa irregular, con algunas preguntas que sirven de puntapié para entender cómo se arriba a tal condición de vulnerabilidad. Pero, sobre todo, el presente artículo apunta a describir la realidad de esta infancia y adolescencia desde un enfoque de derechos y necesidades, para luego formular propuestas concretas que –de mínima actúen como paliativos frente un escenario que obstaculiza su

² Calderón, D., Diego, I., Fernández de Castro, P., González-Páramo, A., Moreno, D., Morillo, J., Ntutumu, F. y Sanchíz, C. (2018). *Antinmigración. El auge de la xenofobia populista en Europa*. Fundación por Causa. 66-88.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

calidad de vida, de acuerdo con los estándares establecidos por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), entre otros instrumentos nacionales e internacionales.

Así las cosas, porque el contexto internacional actual –basta pensar en casos como el de Ucrania y el desarrollo permanente como uno de los rasgos distintivos de la infancia y la adolescencia, no admiten demoras y deben obligarnos a (re)pensar si los esquemas socioculturales, normativos o programáticos que imperan hoy día son adecuados o, por el contrario, injustos (y dignos de modificarse).

Por último, es pertinente aclarar que el proceso de determinación de la edad, la infancia migrante no acompañada o separada (o tutelada) y la adopción internacional no serán abordados en profundidad en el marco del corriente artículo. Esta exclusión responde exclusivamente al hecho de que, siendo temáticas de tal importancia y complejidad, merecerían apartados específicos que, dada la extensión permitida, serían inviables de abarcar en esta ocasión.

II. ENCUADRE NORMATIVO

Antes de avanzar, es de vital importancia otorgarle un encuadre normativo al presente artículo, a partir del cual no podemos prescindir de algunos de los instrumentos clave del (2a) marco internacional y (2b) marco estatal español que, a lo largo de los años, han mandado a proteger y promover los derechos de la población migrante, de los NNyA y de ambas características enlazadas en una doble vulnerabilidad: la infancia y la adolescencia en movimiento y en situación administrativa irregular.

2a) **MARCO INTERNACIONAL**

Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN) (1989): bien sabemos que toda normativa o política relativa a los NNyA, sin importar su edad, género, origen, etnia u otra condición, debe ir en línea con lo establecido por este instrumento, en aquellos países que la hayan ratificado. De hecho, el goce de los derechos establecidos en la Convención no se limita a los/as NNyA que son ciudadanos/as de un Estado Parte y, en consecuencia, debe estar disponible para todos/as, incluidos/as los/as solicitantes de asilo, refugiados/as y migrantes,

independientemente de su nacionalidad, la situación administrativa en la que se encuentren o toda otra circunstancia preexistente.

Carta Europea de los Derechos del Niño (1992): a través de este instrumento, el Parlamento Europeo reconoce la importancia que la infancia tiene como etapa de la vida de una persona y sus necesidades, engendrando estas últimas una serie de derechos para NNyA, ergo, de obligaciones para la familia, el Estado y la sociedad. Mediante esta Carta se hacía referencia a que los NNyA, originarios de terceros países que soliciten el estatuto de refugiado en un Estado miembro, deberán poder beneficiarse en este de la debida protección y asistencia.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000): de carácter vinculante para todos los Estados Miembro -excepto Polonia establece el derecho de asilo en su artículo 18 (en consonancia con la Convención de Ginebra de 1951), reconociendo en consecuencia la garantía de protección, libre circulación, el principio de no devolución y no discriminación. Asimismo, en su artículo 24 refiere a los derechos del menor. A través de este, menciona su derecho a la protección, a los cuidados necesarios para su bienestar y a la libre expresión, focalizando en la primacía del Interés Superior del menor -tanto en el ámbito público como privado y recordando que los NNyA tienen derecho a relacionarse con su familia de forma periódica.

Observación General N° 6 del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005): según esta Observación, la protección de los NNyA migrantes no acompañados/as es una obligación de los Estados Miembros, siendo necesario además ampliar el disfrute de derechos a todos ellos y ellas, con independencia de su nacionalidad o estatus migratorio, en el Estado en el que se encuentren.

Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (2010): tienen por objeto promover la aplicación de la CDN y de otros instrumentos

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

internacionales relativos a la protección y al bienestar de los NNyA privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Señalan que, al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que los NNyA permanezcan o vuelvan a estar bajo la guarda de sus madres o padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos, debiendo el Estado apoyar a las familias en su función cuidadora. Como parte de los esfuerzos para evitar que los NNyA sean separados de sus madres y padres, señalan que los Estados deberían velar por la adopción de medidas apropiadas a fin de atender al cuidado y protección apropiados de los más vulnerables, como ser los NNyA no acompañados y separados, los internamente desplazados, los refugiados, los hijos de trabajadores migratorios o de solicitantes de asilo.

Programa de Estocolmo (2010-2014): la Comisión Europea presentó este Programa, que significó un importante plan de acción sobre NNyA no acompañados/as y sería adoptado por el Consejo, combinando medidas de prevención, protección y retorno asistido. En su Resolución sobre el Programa de Estocolmo, el Parlamento Europeo insistió en que un Plan de Acción de la UE debe abordar cuestiones como la protección, soluciones duraderas en el interés superior del niño y la cooperación con terceros países.

Plan de Acción para Menores Extranjeros no Acompañados de la Comisión Europea (2010-2014): a partir de este, la Comisión deja en claro que las normas de la CDN deben presidir cualquier acción relativa a los NNyA no acompañados/as. Y que, si bien, los instrumentos legislativos y financieros de la UE acerca del asilo, la inmigración y la trata de seres humanos abordan -directa o indirectamente la situación específica de aquellos y regulan la protección de sus derechos, es necesario un enfoque común (y mayor coherencia y cooperación), tanto en la UE como con los países de origen y tránsito, a fin de que los Estados miembros puedan ofrecer respuestas concretas y eficaces. Indica que es fundamental asegurarse de que cualquier niña, niño o adolescente que necesite protección, la reciba y de que,

independientemente de su estatuto de inmigrante, su nacionalidad o sus orígenes, sea tratado como menor.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2011): sus dos objetivos más importantes son (i) establecer criterios comunes para la identificación de nacionales de terceros países o apátridas que realmente necesiten protección internacional en la UE, ya sea como refugiados o como beneficiarios de protección subsidiaria; y (ii) asegurar que un nivel mínimo de prestaciones y derechos esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembro. Sobre el punto (i), en su disposición 31 indica que, además de garantizar la protección internacional, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para asegurar la representación de los NNyA no acompañados por un tutor legal u organización responsable de su cuidado y bienestar. Asimismo, en sus párrafos 2 y 3, insta a los Estados miembro a cubrir las necesidades de aquellos NNyA y asegurarse de que sean situados con su familia como primera opción, en una familia de acogida o en centros especializados u otros alojamientos adaptados a sus necesidades.

Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el principio del interés superior (2013): a través de este instrumento, el Comité señala que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico de NNyA. Se trata, ni más ni menos, de un concepto triple: (i) un derecho sustantivo: el derecho de NNyA a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, más la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre; (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; (iii) una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o niña puntual, a un grupo de NNyA concreto o a los NNyA en general, el proceso de adopción de decisiones deberá

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la definición en los NNyA interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales, debiendo siempre ser explicados los criterios que fundan las decisiones adoptadas y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

Agenda Europea de Migración de la Comisión Europea (2015): sus cuatro pilares son: (i) el tratamiento de los factores que impulsan la migración irregular; (ii) el refuerzo de la gestión de fronteras; (iii) la protección y el asilo y (iv) la migración legal y la integración.

Documento de la cumbre de las Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (2015): reconoce la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible y que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, que exige respuestas coherentes e integrales. Por estos motivos, resulta vital la cooperación en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos (DDHH) y dispensando un trato humanitario a los migrantes -sea cual sea su estatus migratorio-, los refugiados y los desplazados. También se debe fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados, particularmente en los países en desarrollo. Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que se interrelacionan directamente con la situación de irregularidad administrativa y su familia -tal como se verá a lo largo de este artículo-, podemos destacar: el Objetivo 1, fin de la pobreza; el Objetivo 2, hambre cero; el Objetivo 3, salud y bienestar; el Objetivo 4, educación de calidad; el Objetivo 5, igualdad de género; el Objetivo 8, trabajo decente y crecimiento económico; y el Objetivo 10, reducción de las desigualdades.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para la protección de los niños migrantes (2017): basada en las iniciativas de la Unión Europea adoptadas para hacer frente a los retos migratorios -incluidas las garantías específicas en el contexto de la reforma de la legislación de la UE en materia de asilo, el Plan de acción en materia de integración y la Recomendación de la Comisión en materia de retorno propone una serie de medidas coordinadas y efectivas para dar respuesta a las urgentes carencias en la protección de los NNyA que llegan a Europa, que van desde la identificación, la acogida o la aplicación de garantías procesales hasta la aplicación de soluciones duraderas, además de reforzar medidas transversales en todas las fases de la migración (ej. un uso más eficiente del apoyo financiero de la UE, la mejora de la recogida de datos de NNyA migrantes o la formación de quienes trabajan con aquellos).

Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los DDHH de los niños en el contexto de la migración internacional (2017): la presente Observación General Conjunta trata de los DDHH de todos los NNyA en el contexto de la migración internacional, ya sea que hayan migrado con sus madres, padres o cuidadores habituales, no vayan acompañados o estén separados, hayan regresado a su país de origen, hayan nacido de madres o padres migrantes en los países de tránsito o de destino, o permanezcan en su país de origen mientras que uno o ambos progenitores han migrado a otro país, y con independencia de su situación o la de sus madres o padres en materia de migración o residencia. El principio de no discriminación de la CDN obliga a los Estados parte a respetar y garantizar los derechos enunciados en la Convención a todos los niños, ya sean considerados, entre otras cosas, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o víctimas de trata, también en situaciones de devolución o expulsión al país de origen y con independencia de la nacionalidad, la situación de residencia o la apátrida del niño o

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

de sus padres o tutores. Preocupa a los Comités el hecho de que las políticas o prácticas que deniegan o restringen derechos básicos (como los derechos laborales y otros derechos sociales) a los migrantes adultos debido a su nacionalidad, apátrida, origen étnico o situación de residencia, pueden afectar directa o indirectamente el derecho de los NNyA a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Ello también obstaculiza la concepción de políticas migratorias globales y los esfuerzos realizados para integrar sistemáticamente la migración en las políticas de desarrollo. Por lo tanto, en consonancia con el artículo 18 de la CDN, los Estados parte deben asegurarse de que el desarrollo del niño o la niña y su interés superior se tomen plenamente en cuenta en las políticas y decisiones encaminadas a regular el acceso de sus madres y padres a los derechos sociales, con independencia de su situación de residencia. Del mismo modo, el derecho de los NNyA al desarrollo y su interés superior deben tenerse en cuenta cuando los Estados se ocupen -en general o individualmente de la situación de los migrantes que residan de forma irregular, por ejemplo, mediante la aplicación de mecanismos de regularización como medio de promover la integración y prevenir la explotación y marginación de los NNyA migrantes y sus familias.

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/5-6) (2018): este documento elaborado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas hace una revisión del cumplimiento de la aplicación de la CDN en España, a través del cual marca algunos puntos que son de su preocupación: una adecuada inversión hacia la infancia, la necesidad de una ley contra la violencia hacia la infancia -sancionada posteriormente-, la situación de los NNyA en régimen de acogimiento, la pobreza infantil, la educación y los niños solicitantes de asilo y menores extranjeros no acompañados, entre tantas otras. Sobre el principio de No Discriminación, el Comité refiere estar seriamente preocupado por la discriminación de facto que todavía existe de los NNyA por motivos de discapacidad, origen nacional y situación socioeconómica. Hace hincapié en la discriminación racial y la estigmatización de los NNyA romaníes y

de origen migrante. Sobre el nivel de vida, al Comité le preocupan los casos de NNyA que viven en barrios marginales y viviendas de mala calidad en algunas comunidades autónomas, en particular los gitanos y de origen migrante y los casos de desalojo de familias con NNyA. En términos de educación (incluida la formación y orientación profesional), le preocupa la alta tasa de abandono prematuro y que casi una quinta parte de todos los estudiantes de secundaria no obtienen el diploma de educación obligatoria, en particular los NNyA inmigrantes, las niñas romaníes y quienes viven en la pobreza, que son los que concentran los peores resultados educativos en comparación con la población estudiantil total.

Pacto Europeo de Migraciones y Asilo (2020): los puntos clave de este Pacto son (i) un nuevo procedimiento en frontera; (ii) un marco común de solidaridad y reparto de responsabilidades; (iii) la confianza mutua a través de una gobernanza sólida y el seguimiento de la implementación; (iv) la protección de NNyA y personas en situación vulnerable; (v) un sistema común y efectivo de retornos y (vi) una nueva base de datos común en materia de asilo y migración.

Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo de 14 de junio de 2021 por la que se establece una Garantía Infantil Europea (2021): su objetivo es romper el ciclo de la pobreza infantil garantizando el acceso de todos los NNyA que se encuentran en riesgo de pobreza o exclusión social a derechos y servicios básicos. En términos de equidad educativa, refiere a cómo los elevados costes de la educación infantil representan una barrera para los NNyA de familias con rentas bajas. Informa que sus tasas de asistencia son considerablemente inferiores y se traducen luego en peores resultados educativos y en unas tasas de abandono escolar más elevadas, en particular en el caso de los NNyA de origen migrante o gitanos. Asimismo, expone que, a la vista del creciente número de NNyA de origen migrante en los sistemas educativos, es necesario prevenir la aparición de entornos escolares segregados y adaptar los métodos de enseñanza. Por otro lado, en términos de vivienda y pobreza energética, este documento revela que los NNyA de familias con rentas bajas, de origen migrante o de origen étnico minoritario corren mayor

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

riesgo de sufrir privación, estando más expuestos a la posibilidad de carecer de hogar.

3b) **MARCO ESTATAL ESPAÑOL**

Código Civil Español (1889): es la ley fundamental básica del derecho civil español (aunque no regula todas las materias del derecho civil). En lo que respecta a los extranjeros, conforme su artículo 27, estos gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados.

Constitución Española (1978): se trata -ni más ni menos de la norma suprema del ordenamiento jurídico español a la que están sujetos todos los poderes públicos y ciudadanos de España. En su disposición 39 obliga a los poderes públicos a asegurar la protección de NNyA según los acuerdos internacionales ratificados.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (“Ley de Extranjería”) (2000): en esta Ley Orgánica se destacan artículos que refieren al derecho a la documentación (art. 4), el derecho a la libertad de circulación (art. 5), el derecho a la educación (art. 9), el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12), los derechos en materia de vivienda (art. 13), el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales (art. 14) y el derecho a la reagrupación familiar (Capítulo II). Se incluye además una sección específica de menores no acompañados (art. N° 35).

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (2009): el objeto de esta Ley es establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con respecto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (o “LOPJM”) (2015): el artículo 10 (sobre medidas para facilitar el

ejercicio de los derechos), inciso 3, establece que los NNyA extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria, servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los NNyA españoles, debiendo las Administraciones Públicas velar por los grupos especialmente vulnerables, como los NNyA extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los que tengan alguna discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, trata o tráfico de seres humanos. De hecho, este mismo inciso indica que los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los NNyA extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español.

V y VI informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus protocolos facultativos en España (2016): respecto a la formación de profesionales dedicados al ámbito de la infancia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI) con las comunidades autónomas (CCAA) desarrolla planes de formación permanente del personal del Sistema Público de Servicios Sociales. Manifiesta que, para evitar la discriminación de los NNyA extranjeros que se encuentran en España, la nueva legislación de protección a la infancia reconoce su derecho a la educación, asistencia sanitaria, servicios y prestaciones sociales básicas en las mismas condiciones que los NNyA españoles. La ley determina que, en los casos en los que estos NNyA tuvieran que ser tutelados, el Estado deberá facilitarles, a la mayor celeridad, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia. Por otra parte, en relación al respeto por la opinión del niño, niña o adolescente, para que estos puedan ejercitar este derecho, la información deberá ofrecérseles en lenguaje comprensible y en formatos accesibles y adaptados.

Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (o LOPIVI) (2021): su objeto principal es garantizar los derechos fundamentales de los NNyA a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. En relación con la determinación de la edad, establece que la realización de pruebas médicas de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, sin poder aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse en ningún caso desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas invasivas.

Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional (2022): dentro de sus principios generales de actuación, hace referencia a asegurar la atención especializada que deben recibir las personas en situación de vulnerabilidad, de la manera más ágil posible, así como a las condiciones adecuadas a la edad, sexo y circunstancias personales, familiares o sociales de las personas destinatarias, con especial atención al tratamiento específico e individualizado de la infancia y la adolescencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (2022): la ley prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado. En su ámbito subjetivo de aplicación, reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal.

Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (2022): esta reforma plantea mejorar la normativa migratoria existente mediante, entre otras cosas, la adecuación del arraigo laboral, social y familiar a la realidad laboral y social actual, a la vez que la creación de una nueva figura de arraigo, el arraigo para la formación.

Plan de Acción Estatal para la Implementación de la Garantía Infantil Europea en España (2022-2030): en su extensa batería de medidas propuestas, establece como compromiso el asignar un número de identidad a todos los NNyA que residen en España, sin importar la situación administrativa de sus progenitores, favoreciendo así que la infancia migrante tenga los mismos derechos que la infancia autóctona (medida 75).

Por último, se aclara que, si bien la situación legislativa del Estado español es multinivel, razón por la cual corresponde examinar el marco normativo a nivel autonómico, este enfoque no será abordado en el presente artículo, dado que resultaría inabarcable dentro de la extensión permitida.

III. PREGUNTAS DE INICIO

Analizado el encuadre normativo sobre la materia, debemos atender a las siguientes preguntas de base, las cuales funcionarán de guía para comprender ciertas implicancias de ser niña, niño o adolescente en situación administrativa irregular en España y algunas de sus causas.

¿Cómo llega una persona a estar en situación administrativa irregular? La situación administrativa irregular se origina cuando se carece de los requisitos administrativos que un país exige para entrar o residir legalmente en su territorio. Estas circunstancias se presentan como consecuencia de una entrada no permitida, o bien por irregularidad sobrevenida (pérdida de un permiso de residencia). Esta última puede ocurrirle a los NNyA cuyas madres o padres dejan de cumplir los criterios económicos o laborales exigidos para preservar su situación regular.

¿Pueden los NNyA que nacen en España hallarse en situación administrativa irregular? La respuesta es afirmativa, dado que en España rige el *ius sanguinis*, que implica que los NNyA, aunque nazcan en territorio español, adquieren -salvo excepciones- la nacionalidad de sus progenitores.

¿Pueden los NNyA que han migrado a España estar en situación administrativa irregular? Pese a que España ha ratificado la CDN, si la niña, niño o adolescente es hijo/a de personas migrantes adultas en situación irregular, lo más probable es que la de aquel o aquella corra la misma suerte. Por su parte, cuando se

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

trata de NNyA que, por haber llegado a España solos, son tutelados por la Administración, la ley los considera regulares. Sin perjuicio de ello, en la práctica, su situación condiciona gravemente el acceso al permiso de residencia cuando alcanzan la mayoría de edad. Vale aclarar además que, a diferencia de las personas adultas, la situación administrativa irregular de los NNyA de ningún modo habilita a un Estado a expulsarlos del territorio.

¿Qué ocurre cuando los NNyA extranjeros no acompañados llegan a España de forma irregular? Son declarados en desamparo y tutelados por los sistemas de protección autonómicos. Si bien su situación se considera regular hasta que cumplan sus 18 años, las administraciones deben ordenar su documentación, de modo tal que garanticen su accesibilidad a derechos y eviten que, al alcanzar la mayoría de edad, se conviertan en personas adultas en situación administrativa irregular (escenario que, lamentablemente, se da con frecuencia).

¿Pueden los NNyA encontrarse en situación irregular, aunque sus progenitores no lo estén? Este escenario se presenta, por ejemplo, cuando los NNyA que fueron reagrupados fuera de las vías previstas por ley, ingresan a España en calidad de turistas y continúan residiendo allí luego de que su visado expira.

¿Pueden ser expulsadas las personas adultas en situación administrativa irregular con NNyA a cargo? La persona adulta extranjera en situación administrativa irregular, dependiendo del caso, aun teniendo hijos o hijas a cargo, puede ser expulsada de España. Ante este escenario, la niña, niño o adolescente puede quedar al cuidado de referentes familiares, o bien, de instituciones del Estado.

IV. FOTOGRAFÍA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN ESPAÑA

Los datos proporcionados a continuación han sido extraídos de un informe publicado en 2021 por Save the Children y la Fundación por Causa³, el que también ha sido fuente de información y conclusiones muy valiosas para el apartado quinto.

³ Fanjul, G., Gálvez-Iniesta, I. y Zuppiroli, J. (2021). *Crecer sin papeles en España*. Save the Children y Fundación por Causa. 15-43.

Se aclara que –como resulta evidente este apartado no reflejará la totalidad del escenario internacional actual (empezando por la delicada situación de los NNyA ucranianos).

4a) CIFRAS, EDADES Y GÉNERO

Del informe en cuestión surgen los siguientes datos (estimativos) en relación a la población que se encuentra en situación administrativa irregular en España, con detalle de cifras y desglose por edades y género:

a) Aproximadamente la mitad tiene menos de 10 años y casi un 40 % menos de 5 (unos 55.000). Cerca del 30 % tiene una edad superior a los 15 años.

b) En lo que respecta a la distribución por tramos de edad y nacionalidades de la infancia en situación administrativa irregular, se observan los siguientes porcentajes:

0 a 4: se destaca la población infantil y juvenil de Marruecos (14,9 %), Colombia (10,1 %), Honduras (7,0 %), Venezuela (6,5 %) y Perú (5,9 %). En relación a esta franja etaria, vale aclarar que, si bien los niños y niñas de 0 a 4 representan alrededor del 25 % de la población total de migrantes regulares en España, también esa franja de edad concentra a uno de cada tres niños y niñas en situación administrativa irregular.

5 a 9: Colombia (22,8 %), Venezuela (14,3 %), Perú (12,1 %), Honduras (12,1 %) y Brasil (8,1 %).

10 a 14: Colombia (28,3 %), Honduras (16,7 %), Venezuela (14,9 %), Perú (12,2 %) y Brasil (8,2 %).

15 a 19: Colombia (17,3 %), Honduras (11,6 %), Marruecos (10,4 %), Venezuela (9,8 %) y Paraguay (7,1 %).

c) En cuanto a la composición por género, el 52 % de la infancia en situación de irregularidad administrativa son niños y el 48 % niñas.

4b) ORIGEN Y RESIDENCIA ACTUAL

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

También a partir del informe referido, se proporcionan los siguientes datos en relación a la procedencia de los NNyA en situación de irregularidad administrativa en España y a su residencia actual:

a) Tres de cada cuatro NNyA en situación de irregularidad administrativa provienen de América Latina, siendo que uno de cada dos menores de edad procedentes de esta región se encuentra en esta situación. Colombia concentra los números más altos entre todos los países analizados (en tanto uno de cada seis NNyA en situación administrativa irregular residente en España proviene de este país). Le siguen otros países como Honduras, Venezuela y Perú. Esta sobrerrepresentación de la población latinoamericana puede deberse a, por un lado, la exención de visado Schengen a la que tienen acceso los países de Latinoamérica, que les permite acceder al territorio español y quedarse más allá de los tres meses inicialmente permitidos por fines turísticos y, por el otro, al gran porcentaje de rechazo de las solicitudes de asilo presentadas por familias procedentes de esta región.

b) En lo que respecta a los NNyA que proceden de África subsahariana, lo cierto es que significan un peso muy pequeño en términos de irregularidad administrativa, puesto que no llegan ni a los 19.000. El único país africano que se destaca es Marruecos, dado que concentra casi un 7 % de la infancia en situación de irregularidad administrativa. Sin embargo, cabe aclarar que el impacto relativo de esta última es mínimo (alrededor del 4 %) si se considera el número absoluto de NNyA (unos 241.000).

c) Los NNyA de Asia y la Europa no comunitaria representan los números más bajos en España.

d) Para brindar mayor exactitud, se aporta como dato el total de NNyA en situación de irregularidad administrativa por nacionalidad: Marruecos, 10.173; Argelia, 2.374; Nigeria; 982; Senegal, 646; Colombia, 25.226; Honduras, 15.653; Venezuela, 14.817; Perú, 11.436; Brasil, 9.239; Argentina, 6.468; Bolivia, 2.124; Ucrania, 4.923; Rusia, 3.941; Estados Unidos, 2.645; México, 1.193.

e) En lo que hace a la residencia actual, se aportan algunos datos sobre las CCAA en las que viven los NNyA migrantes en situación de irregularidad administrativa:

Cataluña cuenta con más de 34.000; Comunidad de Madrid, más de 29.300; Comunidad Valenciana, casi 20.000 y Andalucía, 14.000.

f) Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, Asturias, Galicia y el País Vasco albergan a más del 30 % de los NNyA migrantes en situación de irregularidad administrativa, pese a ser de las CCAA menos pobladas.

V. DERECHOS AFECTADOS POR LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

5a) LA EDUCACIÓN

*“Los Estados Partes reconocen el **derecho del niño a la educación** y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y **en condiciones de igualdad de oportunidades** ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la **enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos**; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la **enseñanza secundaria**, incluida la enseñanza general y profesional, hacer **que todos los niños dispongan de ella (...)**” (Artículo 28 CDN).*

Conforme la legislación española, el empadronamiento municipal garantiza el acceso de todos los NNyA al sistema público de educación. Sin embargo, para los/as NNyA y sus familias, la ausencia de un permiso de residencia y de un Número de Identificación de Extranjero (o NIE) puede impedir su acceso a exámenes oficiales, certificaciones, ayudas públicas o becas (p. ej. descuentos para libros). Esto se ve con claridad en distintos escenarios: (i) excursiones e intercambios educativos de los que no pueden participar por tener restringida la libertad de movimiento; (ii) en el acceso a la matriculación en Bachillerato, puesto que, en algunas CCAA, el sistema informático para realizarla impide hacerlo por internet si no se facilita un NIE; (iii) en la obtención del título de la ESO, ya que, si bien se permite terminar los estudios, no hay posibilidad de reclamar la emisión del diploma; (iv) cuando se trata de participar en el sistema de educación no obligatoria (infantil, universidades, formación profesional o prácticas), en razón de la documentación requerida para realizar la inscripción; y (iv) al intentar completar los estudios oficiales, por

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

imposibilidad, salvo excepciones, de realizar las prácticas no remuneradas u otras actividades extra curriculares obligatorias para completar el curso.

Evidentemente, las dificultades expuestas afectan sobre todo a quienes están por cumplir la mayoría de edad, en tanto la finalización de estudios secundarios, la adquisición de habilidades profesionales o la inscripción en la formación universitaria pueden verse obstruidas, en muchos casos, por encontrarse en irregularidad administrativa.

Vale aclarar que estas limitaciones no necesariamente surgen de la norma, sino que suelen ser el resultado del desconocimiento y la arbitrariedad de muchas instituciones educativas. En este sentido, España no solo reconoce en su legislación el derecho de NNyA a la educación, sino que también insiste en una serie de medidas que garanticen el conocimiento pleno de las autoridades educativas sobre lo expuesto.

También debido a la irregularidad administrativa, al estar las familias abocadas a empleos inestables y precarios que a menudo les impiden disponer de un ordenador o conexión a internet, ello conlleva a que los/as NNyA no puedan, por ejemplo, realizar sus deberes de manera telemática, a la vez que el hacinamiento o la falta de espacio en sus hogares dificulta la existencia de entornos en los que puedan estudiar cómodamente.

Todo lo expuesto, sin mencionar que los datos reflejan que la población de origen inmigrante presenta las mayores tasas de abandono escolar temprano (33,3 % frente al 17,5 % de los nativos)⁴, lo que pone en evidencia que esta población requiere una mayor atención (y de calidad), para contrarrestar tales cifras.

Asimismo, la propia Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (conocida como la “LOMLOE”) manda a las Administraciones Públicas a garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad y no discriminación y a la libertad de elección del centro educativo por padres, madres o tutores legales, alentando así a una adecuada y equilibrada distribución entre los colegios del alumnado con

⁴ Bello, A. (2016). *Bienestar infantil en España 2016. Indicadores básicos sobre la situación de los niños y las niñas en nuestro país*. UNICEF Comité Español. 6.

necesidad específica de apoyo educativo. Sin embargo, pese a que esta ley específicamente manifiesta el deber del Estado de evitar la segregación del alumnado por razones socioeconómicas o de otra naturaleza, se observa que las y los estudiantes de familias con mayor vulnerabilidad o de origen migrante, muchas veces por los propios criterios de admisión de los colegios, tienen altos niveles de concentración (particularmente en los centros públicos), con una elevada necesidad y deficiencia de recursos (p. ej. carecen de apoyo extra en el aprendizaje de la lengua oficial)⁵.

Por último, en lo que respecta a los/as NNyA tutelados/as, no siempre les es posible acceder a formación de manera adecuada, debido a la saturación de los centros en los que viven, o bien porque su situación legal obstaculiza su acceso a ciertos recursos educativos⁶.

5b) LA SALUD

*“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por **asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios** (...).”*
(artículo 24 CDN).

Es pertinente también prestar atención a la Observación General N° 15 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (2013), mediante el cual se les exige a los Estados parte asegurar que la salud de la infancia y la adolescencia no quede minada por la discriminación. En el artículo 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar, en particular por la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o

⁵ Martínez, L. y Ferrer, A. (2018). *Mézclate conmigo*. Save the Children. 32.

⁶ Puyo, A., Fuentes, C., Ortigosa, E., Martín, M., Rojas, A. y Barandiarán, K. (2021). *Familias para la infancia migrante. Acogida familiar en España: retos, procesos y buenas prácticas*. Fundación por Causa. 20.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

cualquier otra condición de los NNyA, de sus madres, padres o representantes legales.

Por su parte, la ONG Médicos del Mundo⁷ ha señalado que las grandes diferencias presentadas por los sistemas sanitarios de las CCAA no siempre garantizan la protección frente a una factura médica que puede tener consecuencias financieras serias, el acceso a la tarjeta sanitaria o el seguimiento continuado de los pacientes menores de edad en situación administrativa irregular y sus respectivos tratamientos farmacológicos.

Además de estas dificultades, se destaca la reticencia propia de las familias de acudir al sistema de salud, por temor a que ello derive en desvelar su situación de irregularidad administrativa ante las autoridades policiales.

Todo ello indefectiblemente se traduce en varias consecuencias: (i) la inasistencia de NNyA a los centros de salud primaria y especializada, un riesgo que no deberían correr bajo ninguna circunstancia; (ii) la vulneración de un derecho fundamental, tanto para los NNyA como para sus familias; (iii) el incumplimiento del principio de universalidad de la salud, obligatorio para los Estados de bienestar y derecho de la UE e, incluso, (iv) un potencial flanco epidemiológico, en tanto la comunidad inmigrante en situación de irregularidad administrativa no solo -como ya se dijo suele estar alejada del sistema sanitario, sino que también tiende a hallarse en condiciones habitacionales precarias, en dependencia de la economía informal u ocupando puestos de trabajo en contextos laborales que lejos están de respetar medidas básicas de distanciamiento social.

Como refuerzo de estas ideas, cabe agregar que, de las entrevistas realizadas por la Fundación Por Causa a distintas personas involucradas en el proceso de acogida familiar, surge que la falta de documentación dificulta el acceso a la atención primaria. Los NNyA y jóvenes ex tutelados/as ven su atención sanitaria

⁷ Organización No Gubernamental Médicos del Mundo. (S. f.). SITUACIÓN: SANIDAD Y PERSONAS MIGRANTES EN ESPAÑA.

limitada a la atención de urgencias hospitalarias o a iniciativas privadas o solidarias, en lugar de poder ir al centro de salud⁸.

Por último -pero no menos importante-, debemos hablar de la salud mental, de cómo los conflictos, la persecución, las crisis y los desplazamientos forzados afectan a los NNyA inmigrantes, pero en especial, a los no acompañados/as o separados/as de sus familias. En esta línea, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha citado estudios sobre NNyA solicitantes de asilo o protección, que viajan solos y que, pese a mostrarse resilientes o sobre adaptados, suelen sufrir de depresión y estrés postraumático a causa de todo lo vivido⁹. Por lo que, en muchos casos, la atención psicológica -o psiquiátrica no es una opción, sino una necesidad incuestionable.

5c) LA VIVIENDA

“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. (...) Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.” (artículo 27 inciso 3 CDN).

El derecho a la vivienda estaría reconocido solo a las personas extranjeras en situación administrativa regular, debiendo muchas veces contar con requisitos adicionales, como varios años de residencia para poder recibir prestaciones o ayudas al alquiler o a la hipoteca. Si bien no están excluidas de poder acceder a un contrato de alquiler o a una financiación para comprar una vivienda, lo cierto es que, en la práctica, se enfrentan a requisitos de documentación que restringen dicha posibilidad. Un claro ejemplo es el hecho de no ser titular de un NIE, en tanto

⁸ Puyo, A., Fuentes, C., Ortigosa, E., Martín, M., Rojas, A. y Barandiarán, K. (2021). *Familias para la infancia migrante. Acogida familiar en España: retos, procesos y buenas prácticas*. Fundación por Causa. 22.

⁹ Hjern, A. y Kadir, A. (2018). *Health of refugee and migrant children. Technical guidance*. World Health Organization. 6-13.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

obstaculiza la apertura de una cuenta bancaria, lo que se traduce en la necesidad de contar con un aval, o bien, una domiciliación de gastos. Ello sin mencionar que Servicios Sociales suele exigir estar en posesión de una cuenta bancaria, de modo tal que puedan canalizar el ingreso de las ayudas básicas o rentas a las que estas personas tengan derecho.

Todo lo expuesto, sumado a otros factores como la indiscutible discriminación existente en el mercado de alquiler, las dificultades económicas y la precariedad laboral a la que se enfrentan las personas en irregularidad administrativa, que implica que sea particularmente complejo alcanzar la titularidad de un contrato, lo que a su vez conlleva a que las familias se vean obligadas a compartir hogar con otras personas.

Por último, es cierto que la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, refiere a “los menores tutelados que dejen de serlo” dentro de las situaciones de especial vulnerabilidad a las que las políticas en materia de vivienda deben atender prioritariamente (artículo 14). Sin embargo, también es cierto que, en la práctica, en el caso de aquellos adolescentes que han sido tutelados por la administración y no han podido acceder a un permiso de residencia, su irregularidad administrativa en muchos sistemas de protección es razón suficiente para ser excluidos del acceso a las plazas post-tutela de apoyo a la emancipación (pese a haber sido tutelados). La consecuencia de esto es que, tras alcanzar la mayoría de edad, deben abandonar el centro de menores sin tener ninguna alternativa habitacional ni apoyo desde ese mismo sistema de protección, el que debería haberse encargado de revertir esta situación, mientras la niña, niño o adolescente se hallaba bajo su tutela.

5d) **EL OCIO Y LA SOCIALIZACIÓN**

*“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán **oportunidades apropiadas, en***

condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (...).” (Artículo 31 CDN).

Merece la pena también ver la Observación General N° 17 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (2013) a partir de la cual, mediante el ya referido principio de No Discriminación, los Estados parte quedan obligados a tomar todas las medidas apropiadas para velar por que todos los NNyA tengan la oportunidad de ejercer los derechos enunciados en el artículo 31 sin distinción alguna, independientemente de cualquier característica suya o bien de sus madres, padres o representantes legales, debiéndose prestar particular atención –entre otros casos a quienes son solicitantes de asilo y refugiados, a los de grupos nómadas y a los migrantes o desplazados internos.

Además de todo lo expuesto, las familias en irregularidad administrativa también se enfrentan a dificultades para disfrutar de su tiempo libre. En el caso de los NNyA, su estatus administrativo suele condicionar su interacción con el resto de su clase, ya que se les excluye de realizar ciertas actividades, como los viajes escolares o inscribirse en espacios de los que querrían participar (p. ej. ligas municipales de deportes), lo que se traduce en sentimientos de frustración.

Asimismo, muchas familias inmigrantes en irregularidad administrativa se ven obligadas a restringir su movimiento (dentro o hacia afuera de España), por temor a ser detectadas por las autoridades fronterizas españolas o del país de destino, ergo verse expuestas a una denegación de entrada al país –plasmada en el pasaporte–, ser detenidas en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) o expulsadas, tanto de España como del país al que viajan. Esto en la práctica significa que los/as NNyA en situación administrativa irregular en España no pueden visitar sus países de origen, donde muchas veces todavía reside su familia nuclear o extensa. Es decir, crecen sin la posibilidad de desarrollar un vínculo físico con sus madres, padres, tíos/as, abuelos/as, etc.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

Asimismo, como bien ha indicado Fundación por Causa¹⁰, por la propia configuración del sistema de acogida, a menudo los menores tutelados y los ex tutelados entran en dinámicas muy endogámicas que les impiden abrir su círculo social a otras personas de su edad o con inquietudes similares. Por tal razón, resulta necesaria la entrada de estos colectivos –especialmente, quienes migran solos/asa espacios de ocio públicos y abiertos y no sólo a aquellos restringidos exclusivamente para ciertos perfiles.

5e) LA PROTECCIÓN Y EL ACCESO A JUSTICIA

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para **proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (...).** Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, **procedimientos eficaces** para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la **asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él**, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la **intervención judicial.**” (Artículo 19 CDN).*

En la práctica, el derecho de protección y acceso a justicia de NNyA –tal como ocurre con los demás derechos no es consecuente con la letra de la ley. El desconocimiento del idioma, la ausencia de redes personales y el miedo a la deportación hacen que víctimas de violencia de todo tipo (incluidas las de explotación y trata) queden absolutamente desprotegidas, sin poder acudir a la Justicia.

El escenario típico se relaciona con las dificultades para realizar una denuncia ante las autoridades, quienes en ocasiones parecieran estar más pendientes de la identificación o potencial deportación de inmigrantes en situación administrativa

¹⁰ Puyo, A., Fuentes, C., Ortigosa, E., Martín, M., Rojas, A. y Barandiarán, K. (2021). *Familias para la infancia migrante. Acogida familiar en España: retos, procesos y buenas prácticas*. Fundación por Causa. 22.

irregular, que de su propia protección. De hecho, PICUM destaca en su informe¹¹ que, para los NNyA en situación administrativa irregular, de este elemento se apropian y toman ventaja los abusadores y explotadores. El segundo elemento destacado por PICUM hace referencia al acceso de NNyA y sus familias –por lo general, sus madres a los refugios y centros de protección. La escasez de estos recursos, los requerimientos de residencia legal o de identificación en la Seguridad Social representan una barrera que agrava el riesgo para las personas afectadas.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí descripto, es pertinente destacar que en España se han hecho esfuerzos para contrarrestar esta realidad. En efecto, desde 2011 la ley permite a las personas afectadas solicitar la suspensión temporal de cualquier proceso de expulsión para las mujeres y los niños y niñas víctimas, desde el momento en que se haya dictado a su favor una orden de protección o emitido un informe del Ministerio Fiscal en el que se aprecie la existencia de indicios de violencia de género. Una sentencia a su favor derivaría en un permiso de residencia y trabajo por un período de cinco años, el cual se extiende a las hijas e hijos menores de edad o dependientes a cargo.

Mención aparte merecen los NNyA migrantes no acompañados y sus dificultades dentro del sistema de protección, las que por razones de extensión –como ya se adelantó no serán abordadas en el marco de este artículo, pese a ser una problemática que merece toda nuestra atención y ocupación.

VI. CONCLUSIONES EN TORNO A SATISFACTORES Y NECESIDADES

A partir de todo lo expuesto, si nos regimos por el catálogo de satisfactores primarios o necesidades secundarias de salud física y autonomía desde el nacimiento a la adolescencia propuesto por las especialistas en infancia, Esperanza Ochaita Alderete y María Ángeles Espinosa Bayal¹², podremos extraer una importante conclusión y

¹¹ Keith, L. y Levoy, M. (2018). *Protecting undocumented children: Promising policies and practices from governments*. Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM). 19-21.

¹² Espinosa, M. A. y Ochaíta, E. (2004). *Necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*. 15-26.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

es que **sobran los satisfactores y necesidades no cubiertas para la infancia y adolescencia migrante en situación administrativa irregular.**

Para empezar, la irregularidad administrativa suele ser, en muchos casos, un factor determinante de la pobreza. El Informe del Estado Mundial de la Infancia del 2016 de UNICEF¹³ refleja que los hogares de los migrantes en Europa son especialmente vulnerables debido a la pobreza, remarcando que, en España, uno de cada dos niños de familias migrantes vivía en la pobreza en 2012.

En la actualidad, si bien la información disponible en las estadísticas oficiales complica la posibilidad de distinguir los hogares en los que viven NNyA extranjeros en situación de irregularidad administrativa, el análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹⁴ de los hogares migrantes ofrece una aproximación a esta realidad. La conclusión principal que ofrecen estos datos es que la población migrante concentra niveles de vulnerabilidad y exposición a la pobreza muy por encima de la media de la población nativa y que, cuando estos hogares incluyen hijos o hijas a cargo, las tasas de precariedad se multiplican.

La irregularidad administrativa no solo representa un factor determinante de la pobreza, sino que además significa un estatus que excluye, sin más, a muchas familias de poder percibir ciertas ayudas o prestaciones (económicas o en especie) para combatirla.

Resulta difícil pensar que el hecho de que esta característica distintiva de las familias (la irregularidad administrativa) tenga una relación intrínseca con la pobreza y, a su vez, sea criterio de exclusión para poder acceder a ciertos mecanismos o sistemas de protección social, no atente -inevitablemente contra la **alimentación adecuada** de los NNyA y sus **vestidos e higiene**, a los que por falta de recursos no pueden acceder.

¹³ Watkins, K., Quattri, M., Dooley, T., Gebre-Egziabher, H., Grojec, A. Hage, Y., Langevin-Falcon, C., Ledwith, T., Little, C., Nayak, B., Perellon, C., Pradhan, A., Rutsch, C., Sethna, Z. y Tamagni J. (2016). *Estado Mundial de la Infancia 2016. Una oportunidad para cada niño*. UNICEF. 78-80.

¹⁴ Jorquera Rojas, G. (2020). *Familias en riesgo. Análisis de la situación de pobreza en los hogares con hijos e hijas en España*. Save the Children. 20-24.

Esa misma falta de recursos, sumada a no tener “los papeles en regla”, es lo que obliga a las familias en situación administrativa irregular a no poder garantizarles a sus NNyA una **vivienda adecuada**, ya sea por la precariedad de la misma, porque comparten el espacio con otras tantas familias, o bien, porque residen en barrios de alta vulnerabilidad. Estas condiciones de vivienda traen como efecto colateral la afeción de otros satisfactores o necesidades, como ser el **sueño y descanso** y el contar con un **espacio exterior adecuado**. Como complemento de esto, es evidente que la falta de este último elemento puede generar, en mayor o menor medida, que los NNyA presenten dificultades para poder realizar **ejercicio físico** o dar lugar al **juego y tiempo de ocio** de manera plena, en tanto comparten el mismo sitio con muchas otras personas (ajenas a su grupo familiar), cuentan con poco espacio para movilizarse, viven en zonas algo riesgosas, etc.

También hemos visto que la **atención sanitaria** se ve seriamente perjudicada en los casos de NNyA en situación administrativa irregular, toda vez que no se les suele garantizar la tarjeta sanitaria, o mismo por la propia reticencia de la familia de acercarse a un centro de salud, por miedo a que ello derive en que las autoridades policiales tomen conocimiento de su estatus. Una de las consecuencias directas de esta inaccesibilidad es que, si la niña, niño o adolescente se ha lesionado por cualquier motivo o presenta algún virus, patología o enfermedad (física o psicológica), puede que no reciba un tratamiento o seguimiento que vele por la **protección de riesgos físicos y psicológicos** existentes, los que podrían empeorar en el transcurso del tiempo -y, en muchas ocasiones, de manera permanente si no son atendidos cuando corresponde hacerlo.

En lo que respecta a la educación, hemos adelantado que la ausencia de un permiso de residencia o de un NIE suele impedir en la práctica la matriculación de NNyA en un centro educativo y el acceso a exámenes oficiales o certificaciones, por lo que podemos asegurar que su **educación formal e informal** y, en consecuencia, la **interacción con iguales y adultos** distintos a los de su círculo familiar (hablamos, respectivamente, de compañeros y compañeras de clase y de docentes o formadores) también se ven limitadas. Aunque este satisfactor o necesidad ya fue nombrado, cabe aclarar que estos obstáculos suelen dejarles fuera

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

de participar de ciertas excursiones con sus pares, lo que se traduce en un menoscabo a su derecho al juego y tiempo de ocio, además -de nuevo de la interacción con terceros (iguales y adultos). También vale decir que, aunque las normas que rigen esta materia establecen lo contrario y se han visto mejoras en los últimos años, el Observatorio de la Infancia ha referido en su Boletín N° 23¹⁵ que aún son muchos los NNyA de origen migrante no acompañados o separados que, en lugar de vivir con familias acogedoras, lo hacen en centros residenciales. Ello va en claro detrimento de sus necesidades de vinculación afectiva o "apego" e interacción con iguales y adultos, en un entorno familiar propicio para su desarrollo.

Con todo, podemos concluir que la **participación activa y normas estables** tampoco son una garantía para esta infancia y adolescencia migrante, dado que quedan excluidas de participar de múltiples espacios, siendo confuso -sobre todo, a edades más tempranas el porqué de esta diferencia de trato respecto, por un lado, de sus compañeros con residencia legal o situación administrativa regular en España y, por el otro, de sí mismos en comparación a cómo era su vida en los países de los que provienen.

VII. 25 PROPUESTAS DE CAMBIO Y 8 RAZONES PARA PROMOVERLAS

Cuando el resto de las políticas han fallado, la regularización de la población migrante se presenta, aún con más fuerza, como una de las herramientas de inclusión que debemos fomentar. Pero la regularización no puede sino ir acompañada de medidas que propicien la empleabilidad e inserción sociolaboral de las personas adultas migrantes, el refuerzo educativo de sus hijas e hijos en el ámbito escolar (especialmente cuando se presentan diferencias lingüísticas), entre otras.

Dicho esto, hay una serie de iniciativas que debemos alentar y que, de ponerse en marcha, podrían dar respuesta a algunos de los obstáculos a los que se enfrentan las familias con NNyA a cargo en situación de irregularidad

¹⁵ Boletín N° 23 de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia (2020). Observatorio de la Infancia. 46.

administrativa. Se aclara que las mismas han sido inspiradas en base a los valiosos aportes de UNICEF¹⁶, OXFAM¹⁷, Caritas¹⁸, *Civil Initiative on Migrants with Irregular Status in Europe (C-MISE)*¹⁹, *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*²⁰ y Save the Children España²¹:

- 1) Como primer punto (en base al cual surgen muchos de los que le siguen), cabe revisar profunda y conscientemente la Ley de Extranjería vigente, en pos de que esta responda en su totalidad a la realidad actual y a las necesidades de las personas migrantes (especialmente con NNyA a cargo) en situación administrativa irregular en España, evitando el círculo de exclusión.
- 2) Empezar el proceso de regularización administrativa de las familias migrantes con NNyA que viven en España, independientemente de los requisitos que actualmente impone la Ley de Extranjería.
- 3) Contar con un régimen jurídico propio para la infancia y la adolescencia en la Ley de Extranjería.
- 4) Agregar expresamente en la Ley de Extranjería que la situación de todos los NNyA en España (no solo la de los no acompañados o tutelados, conforme artículo 35 inciso 7), será considerada regular, sin importar su circunstancia.
- 5) Permitir que el ser niña, niño o adolescente baste como supuesto suficiente para obtener un NIE o permiso de residencia. Esto implica independizar el estatus administrativo de los NNyA del de sus progenitores.

¹⁶ Ceriani Cernadas, P. (2020). *La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana*. UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 11-26.

¹⁷ Garzón, E. y Fernández Durán, C. (2020). *Que lo esencial no sea invisible. Impacto de la COVID-19 en el colectivo de personas migrantes: perspectivas y propuestas de cambio*. OXFAM Intermón. 12-15.

¹⁸ Bodeux, L. (2021). *Demystifying the regularisation of undocumented migrants*. Caritas Europa. 21-25.

¹⁹ Delvino, N. y Spencer, S. (2019). *Migrants with irregular status in Europe. Guidance for Municipalities*. City initiative on Migrants with Irregular Status in Europe (C-MISE). University of Oxford. 11-70.

²⁰ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2011). *Fundamental rights on migrants in an irregular situation in the European Union. Comparative Report*. 47-103.

²¹ Save the Children (2021). *Propuestas de Save the Children para dar respuesta a la situación de extrema vulnerabilidad de la infancia sin papeles en España*. 4-12.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

- 6) En línea con el permiso de residencia, en lo que hace a su renovación, aquella debería reconocer la antigüedad de residencia legal, retrotrayendo los efectos a la fecha de ingreso de la niña, niño o adolescente al país, o bien, de su nacimiento en España.
- 7) Capacitar al personal de las oficinas de extranjería, el cual debería recibir formación con enfoque de infancia, a los fines de tener bien presente y velar por – como mínimos los siguientes elementos, al momento de adoptar cualquier resolución que afecte a NNyA: (i) el interés superior del niño; (ii) su edad y madurez; (iii) su identidad; (iv) su opinión; (v) su derecho a la igualdad y no discriminación; (vi) todos sus derechos básicos en general (a la salud, a la educación, etc.); (vii) su entorno familiar (para preservarlo siempre que sea posible); (viii) el hecho de que se encuentra en permanente crecimiento, por lo que se deben minimizar los riesgos al máximo para no generar cambios que puedan ser irreversibles en su desarrollo y (ix) su mejor transición a la edad adulta.
- 8) Permitir en la Ley de Extranjería la reagrupación familiar en cualquier caso (siempre que el interés superior del niño, niña o adolescente así lo exija). En adición, deben evitarse situaciones de separación de hermanas o hermanos a toda costa.
- 9) Posibilitar la mayor amplitud probatoria posible a la hora de acreditar la existencia de unidad familiar real, ya sea a través de pruebas documentales o testificales admitidas en Derecho.
- 10) Flexibilizar más los requisitos económicos o laborales exigidos para solicitar una autorización por circunstancias excepcionales, sobre todo, cuando hay NNyA de por medio.
- 11) En cuanto a la infancia migrante tutelada –además de considerarla en situación regular sin condicionante alguno–, el Estado debería garantizarles la autorización de residencia con vigencia inmediatamente desde su ingreso en el sistema de protección.
- 12) En caso de NNyA que no puedan ser documentados a través de sus países de origen, se debería tramitar su registro con cédula de inscripción de oficio.
- 13) Continuar promoviendo el acogimiento familiar para todos los NNyA, reforzando especialmente medidas que tiendan a revertir el predominio del

acogimiento residencial frente al familiar para el caso de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada.

14) Incorporar a las personas en situación de irregularidad administrativa, especialmente aquellas con NNyA a cargo, dentro del grupo de potenciales perceptores de todas las ayudas y prestaciones ofrecidas por el Estado, eliminando además los obstáculos burocráticos a los que se enfrentan al momento de solicitarlas.

15) Incluir en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, medidas específicas para combatir la discriminación y asegurar el derecho a la igualdad de trato de las personas (incluidos NNyA) de origen extranjero y, especialmente, de aquellas que se encuentran en situación de irregularidad administrativa.

16) Agregar en la LOPIVI un apartado específico sobre “violencia institucional” que, desde su propia letra, ponga fin a todo tipo de abuso de poder o violencia (física, psíquica, económica, simbólica u otra) ejercida por agentes y funcionarios del Estado en cumplimiento de sus tareas, incluyendo normas, protocolos, prácticas institucionales, descuidos y privaciones en detrimento de una persona o grupos de personas, en este caso –puntualmente de NNyA en situación de irregularidad administrativa y sus familias.

17) Incidir en la Oficina de Asilo y Refugio para que esta efectivamente asegure el derecho al asilo a quienes lo necesitan, especialmente cuando se trata de familias con NNyA, o bien, de los colectivos específicos sobrerrepresentados en las solicitudes de protección internacional.

18) Como consecuencia del punto previo, resolver de manera inmediata los expedientes de asilo pendientes, con un orden de prelación que ubique en primer lugar a las familias con NNyA.

19) Resolver pronta y favorablemente las autorizaciones de residencia y trabajo, que no sean manifiestamente infundadas o estén pendientes de resolución o en vía de recursos administrativos, con especial contemplación de las familias con NNyA.

20) En la línea con las iniciativas ya enunciadas, seguir tomando medidas administrativas para evitar todas las formas posibles de irregularidad sobrevenida.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

21) Flexibilizar el proceso y requisitos del empadronamiento, con especial atención a las necesidades del colectivo de personas migrantes, incluyendo campañas de información y orientación en varios idiomas, simplificación de los procedimientos, el empadronamiento sin domicilio fijo y de carácter retroactivo y la aceptación de la comprobación por parte de Servicios Sociales u organizaciones acreditadas de que la persona solicitante vive en el domicilio al que hace referencia.

22) España debería ratificar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias como otro puntapié legal clave que obligue al Estado a proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores migrantes, en particular, pensando en casos de mujeres o personas con empleos precarios, con NNyA a cargo.

23) Contar con información estadística fiable y actualizada sobre la población en situación de irregularidad administrativa -a nivel nacional, autonómico y municipal-, en tanto ello se alinea con la máxima de que “para mejorar algo, primero hay que medirlo”²². Generar evidencias sobre las cuestiones que afectan a la infancia y la adolescencia (o sus familias) constituye la base ineludible de cualquier acción, política pública o programa tendiente a promover sus derechos y bienestar.

24) Dotar a las autoridades locales o municipales de guías y recursos que les ayuden a abordar correctamente -dentro de los marcos legales nacionales y regionales relevantes la delicada situación que presenta el colectivo de migrantes en irregularidad administrativa. Así las cosas, porque si bien el control de la inmigración es principalmente un asunto de los gobiernos nacionales, la responsabilidad de los servicios públicos es una competencia compartida. Los municipios de toda Europa difieren en la gama específica de servicios de los que son responsables. Sin embargo, todos tienen la responsabilidad del bienestar general de los residentes en su área -ya sea en servicios de atención médica, policía, vivienda, servicios sociales y educación-, al mismo tiempo que ostentan una

²² González Gago, E. y González Olcoz, S. (2015). *La infancia en los presupuestos. Estimación de la inversión en políticas relacionadas con la infancia en España y su evolución entre 2007 y 2013*. Centro de Estudios Económicos Tomillo. 1.

responsabilidad más amplia de mantener la cohesión social y la seguridad pública, incluida la lucha contra el racismo y la xenofobia, la promoción del desarrollo sostenible y la lucha contra la pobreza. Dicho todo esto, las autoridades locales o municipales deberían activar los siguientes mecanismos:

En línea con lo hasta aquí abordado, es importante empezar por aclarar que el municipio también tiene la obligación de reducir la irregularidad administrativa o evitar que la situación regular pase a la irregularidad (por ejemplo, cuando un menor no acompañado alcanza la edad de 18 años). Siguiendo con este criterio, los municipios deben proporcionar información, asesoramiento y apoyo sobre la regularización, contando con intérpretes idóneos para ello (en caso de diferencias o dificultades lingüísticas); llevar a cabo campañas de información y actividades de divulgación dirigidas a migrantes en situación irregular administrativa; proponer cursos de idioma para los recién llegados, independientemente de su estatus migratorio; ofrecer capacitación y orientación a los empleados públicos y proveedores de servicios sobre los derechos de las personas con dicho estatus; apoyar o promover que se apoye financieramente a las ONG que brindan información o asesoramiento y adoptar mecanismos de mediación entre los migrantes y las autoridades migratorias para obtener orientación en temas de regularización.

En pos de reducir la irregularidad administrativa o evitar que la situación regular pase a la irregularidad, los municipios deberían facilitar el acceso a la documentación y emitir tarjetas cívicas locales o de vecindad para que las personas en situación administrativa irregular, especialmente si son responsables de NNyA, tengan acceso a los servicios básicos y habilitantes.

Respetar la ética profesional. Esto puede incluir la provisión de un servicio sobre la base de la necesidad o simplemente porque responde al interés superior de una niña, niño o adolescente, excluyendo la retención de aquel por motivos de estatus migratorio. En este sentido, claro está que el personal necesita sentirse apoyado por su empleador o empleadora para tomar una decisión que sea compatible con la ética de su profesión.

Colaborar en investigaciones que puedan identificar la necesidad de acción e informar los próximos pasos en materia de irregularidad administrativa. Para eso,

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

las autoridades locales o municipales deben impulsar la consulta interna e interinstitucional, el intercambio de información y la coordinación entre sí, como así también la consulta y coordinación con partes interesadas externas (como las ONG que no están financiadas por el municipio, pero que tienen conocimiento sobre la situación de familias con NNyA en situación administrativa irregular).

El organismo rector municipal debería adquirir un rol activo cuando muchos municipios dentro de un país enfrentan desafíos similares en relación con los migrantes con estatus irregular, de manera tal que estandarice la intervención.

Dialogar con los gobiernos nacionales. La importancia de los marcos legales, las políticas nacionales sobre irregularidad administrativa y la superposición de responsabilidades en las políticas de acceso a los servicios deben alentar al diálogo entre los municipios y los gobiernos nacionales.

Contar con un presupuesto acorde a las necesidades del territorio, sobre todo cuando el análisis sociodemográfico revela que la tasa de irregularidad administrativa en el municipio es elevada.

Prestar atención al manejo de datos personales y al concepto de “cortafuegos” (o “*firewalls*”). Los municipios deben, ante todo, tomar medidas para salvaguardar los datos personales de los usuarios del servicio, mientras continúan cumpliendo con sus responsabilidades. Ello en razón de que la provisión de un servicio para personas con estatus migratorio irregular solo es efectiva si se les asegura que sus datos personales no se divulgarán a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley de inmigración. Los cortafuegos se implementan para combatir el temor – lamentablemente justificado que sienten las familias en situación administrativa irregular de acceder a los servicios esenciales y que ello conduzca a su arresto o deportación.

En línea con el punto anterior, los municipios no deberían solicitar a los usuarios del servicio información sobre el estatus migratorio si no hay necesidad de hacerlo.

En cuanto al acceso a derechos básicos, los municipios deberían: (i) sobre la vivienda: adoptar procedimientos de admisión que faciliten el acceso de las personas a alojamientos acordes a sus necesidades, o bien, financiar o reembolsar a las ONG por la prestación de alojamiento a los migrantes en condición de irregularidad

administrativa; (ii) sobre la atención médica y sanitaria: establecer “cortafuegos” que eviten que los empleados públicos denuncien a las autoridades a los migrantes que buscan atención médica, proporcionar una red de seguridad para aquellos que están excluidos de la cobertura en salud y simplificar los trámites administrativos para acceder a la asistencia sanitaria, como así también abstenerse de exigir documentación que quienes ostentan estatus irregular no puedan presentar; (iii) sobre el acceso a la educación: instruir a las escuelas locales para que desarrollen procedimientos de inscripción que no requieran documentación que los inmigrantes con estatus irregular no puedan obtener, instruir a dichas instituciones para que se abstengan de denunciar a los estudiantes en situación irregular a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley de inmigración (“cortafuegos”) y contar con recursos financieros suficientes para cubrir los costos escolares de los estudiantes en situación irregular administrativa (como libros, transporte y comidas escolares).

25) A grandes rasgos, por su parte, los gobiernos europeos deberían:

Ponerle fin a la criminalización de los inmigrantes con estatus irregular y cambiar la narrativa sobre la migración, combatiendo la xenofobia, el racismo y la discriminación, eliminando el término migrante “ilegal” que estigmatiza a los migrantes.

Considerar la regularización como una opción política –entre otras en lugar de un tabú que, dependiendo de cada situación y contexto nacional, puede tener sentido por una variedad de razones (económicas, sociales, humanitarias, de salud pública) para poner fin a las situaciones “de limbo administrativo”. Deberían aplicar criterios claros, transparentes y proporcionados, creando una interdisciplinariedad independiente, con una comisión compuesta por abogados, psicólogos, trabajadores sociales, sociólogos, politólogos, economistas (más profesionales de otras ramas de conocimiento) y miembros de la sociedad civil que determinen el establecimiento de tales criterios.

Por último, es de vital importancia recordar que las instituciones de la UE, incluida la Comisión Europea, pueden –y deberían desempeñar un papel clave con respecto a estas recomendaciones, supervisando la aplicación y el respeto de la

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

legislación de la UE y promoviendo y compartiendo buenas practicas entre los países.

Ahora bien, son muchas las razones para poner en marcha las propuestas apuntadas y así revertir las causas (y las consecuencias inaceptables) de la irregularidad administrativa. Se aclara que a algunas de ellas ya ha aludido Fundación por Causa en al menos dos de sus informes^{23 24}:

1) La irregularidad administrativa representa una problemática demasiado grande para ignorarla: entre 475.000 y 514.000 migrantes residían en situación administrativa irregular en España a fines de 2020. En los últimos años ha habido una “escalada” de inmigración irregular en el país, y nada sugiere que esta tendencia vaya a cambiar en el futuro próximo (más bien todo lo contrario).

2) La regularización administrativa es hacer “lo decente”: hemos visto que la irregularidad administrativa significa un factor de vulnerabilidad determinante de los derechos más básicos de las personas. Impide el adecuado acceso a la justicia para las víctimas, limita el derecho a la salud, la educación y la capacidad de socializar sin barreras, dispara las posibilidades de vivir en la pobreza y deja al trabajador desprotegido frente al riesgo de explotación. En el caso de los casi 125.000 NNyA que viven en familias “sin papeles”, las consecuencias pueden ser traumáticas y extenderse a lo largo de la vida. Por ello, desde el punto de vista ético, el hecho de que una sola persona viva en estas condiciones debería ser motivo de alarma. Cuando se trata de medio millón, el desafío adquiere una categoría distinta. La perpetuación de bolsas amplias de inmigración irregular constituye una forma moderna de segregación que debilita las raíces morales de la sociedad y ofende los fundamentos de un Estado de derecho. Esta excepcionalidad democrática jamás debería ser naturalizada.

3) La regularización administrativa beneficia al conjunto de la sociedad: en el debatido asunto de las migraciones y sus consecuencias, la literatura académica

²³ Fanjul, G. y Gálvez-Iniesta, I. (2022). *Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles*. Fundación por Causa. 17-43.

²⁴ Fanjul, G. y Gálvez-Iniesta, I. (2020). *Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: una fotografía de la inmigración irregular en España*. Fundación por Causa. 12-20.

coincide al menos en dos cuestiones fundamentales: (i) la contribución neta de las migraciones a las arcas públicas es positiva, porque aportan al Estado más de lo que reciben de él y (ii) la inmigración no perjudica ni el nivel de empleo ni los salarios locales. Al contrario, su actividad contribuye al crecimiento de las economías²⁵. Es decir, los inmigrantes en situación administrativa irregular hacen una contribución esencial a la sociedad y economía, y esta contribución se refleja en la ocupación de tareas esenciales dentro del mercado laboral y a través de contribuciones fiscales indirectas que hoy día se acercan a igualar los costes que suponen para el Estado, pero que podrían compensarlas con creces si un permiso de trabajo y residencia les permitiese realizar contribuciones directas.

4) La regularización administrativa es una cuestión de salud pública y seguridad sanitaria: ninguna sociedad debería aceptar que una parte de su población permanezca fuera del radar de las instituciones, menos cuando ello atenta contra un derecho básico (promotor del resto), como lo es la salud. La reciente emergencia epidemiológica sanitaria de la COVID-19 ha sido un ejemplo claro y razón suficiente para asegurar la plena incorporación de los inmigrantes a las políticas epidemiológicas de las instituciones.

5) La regularización administrativa no es un hecho nuevo ni aislado, sino que cuenta con numerosos precedentes: solo en la UE, entre 1996 y 2008, se llevaron a cabo 43 programas de regularización en 17 Estados miembros, como son Alemania, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, etc. También, fuera de la UE se han promovido medidas o programas de regularización en Argentina, Brasil, Corea del Sur, Ecuador, Perú, Sudáfrica, Uruguay, entre otros.

6) No existe evidencia empírica de que la regularización administrativa aliente el “efecto llamado”: la literatura académica existente no indica que la experiencia de España y otros países colabore al “efecto llamada” asociado a las regularizaciones.

7) El argumento de la *realpolitik*: se ponga en marcha o no la regularización administrativa, lo cierto es que la inmigración seguirá teniendo lugar en nuestras

²⁵ Edo, A. (2019). *The impact of immigration on the labor market*. Journal of Economic Surveys. 922-948.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

sociedades. Ello sin mencionar que el coste de la expulsión es considerable y la regularización, en cambio, muy rentable.

8) La regularización administrativa es parte de una solución coherente con los ODS y los principios rectores de la CDN: las metas de los ODS ilustran cómo la regularidad migratoria de NNyA -y sus familias y su impacto en el ejercicio de derechos son cuestiones absolutamente interdependientes. Facilitar la regularización administrativa no solamente impactaría en las personas migrantes y sus familiares, sino también en objetivos de políticas públicas que beneficien a toda la sociedad, esto es, alcanzar los ODS que nos marca la Agenda 2030. Garantizar los derechos de los NNyA en contexto de movilidad humana tiene resultados positivos, tanto a nivel individual como familiar, comunitario y social. Asegurar sus derechos constituye un requisito ineludible para cumplir no solamente con los ODS, sino con la amplia mayoría de las metas inmediatas y mediatas en una sociedad organizada, en un Estado de derecho dirigido a garantizar el bienestar general de toda su población. Esa premisa debe -en consonancia con lo expuesto por la CDN incluir a todos los NNyA que la integran, sin perjuicio de su lugar de origen, nacionalidad o cualquier otra condición.

Así las cosas, porque, tal y como lo ha expresado UNICEF²⁶:

“La manera más eficaz de lograr objetivos sociales de carácter inclusivo y sostenible a largo plazo consiste en **prestar atención a las necesidades de la infancia**”.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones

Calderón, D., Diego, I., Fernández de Castro, P., González-Páramo, A., Moreno, D., Morillo, J., Ntutum, F. y Sanchíz, C. (2018). *Antimigración. El auge de la xenofobia populista en Europa*. Fundación por Causa. 66-88.
<https://porcausa.org/wp->

²⁶ Brazier, C. (2017). *Building the Future: Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries. Innocenti Report Card 14*. UNICEF Office of Research. 4-5.

- content/uploads/2017/10/Antinmigracion_El_auge_de_la_xenofobia_populista_Europa_febrero_2018.pdf
- Fanjul, G., Gálvez-Iniesta, I. y Zuppiroli, J. (2021). *Crecer sin papeles en España. Save the Children y Fundación por Causa*. 15-43.
https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-02/Crecer_sin_papeles_en_Espana_SC_PC.pdf
- Bello, A. (2016). *Bienestar infantil en España 2016. Indicadores básicos sobre la situación de los niños y las niñas en nuestro país*. UNICEF Comité Español. 6.
<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/Bienestar-Infantil-en-Espana-2016.pdf>
- Martínez, L. y Ferrer, A. (2018). *Mézclate conmigo*. Save the Children. 32.
https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/mezclate_conmigo.pdf
- Puyo, A., Fuentes, C., Ortigosa, E., Martín, M., Rojas, A. y Barandiarán, K. (2021). *Familias para la infancia migrante. Acogida familiar en España: retos, procesos y buenas prácticas*. Fundación por Causa. 20-22. <https://porcausa.org/wp-content/uploads/2021/10/FAMILIAS-PARA-INFANCIA-MIGRANTE-FINAL-3.pdf>
- Organización No Gubernamental Médicos del Mundo. (S. f.). *SITUACIÓN: SANIDAD Y PERSONAS MIGRANTES EN ESPAÑA*.
<https://www.medicosdelmundo.org/que-hacemos/espana/migracion-y-salud>
- Hjern, A. y Kadir, A. (2018). *Health of refugee and migrant children. Technical guidance*. World Health Organization. 6-13.
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/342285/9789289053792-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Keith, L. y Levoy, M. (2018). Protecting undocumented children: Promising policies and practices from governments. Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM). 19-21. https://picum.org/wp-content/uploads/2019/10/Protecting-undocumented-children-Promising-policies-and-practices-from-governments_ReprintJan.2018.pdf
- Espinosa, M. A. y Ochaíta, E. (2004). Necesidades y derechos de la infancia. 15-26.
https://drive.google.com/file/d/1RApGmh7aH40DJJw30xTDLvEMobFUkl_k/view

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

- Watkins, K., Quattri, M., Dooley, T., Gebre-Egziabher, H., Grojec, A. Hage, Y., Langevin-Falcon, C., Ledwith, T., Little, C., Nayak, B., Perellon, C., Pradhan, A., Rutsch, C., Sethna, Z. y Tamagni J. (2016). Estado Mundial de la Infancia 2016. Una oportunidad para cada niño. UNICEF. 78-80.
https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/estado_mundial_de_la_infancia_2016.pdf
- Jorquera Rojas, G. (2020). Familias en riesgo. Análisis de la situación de la pobreza en los hogares con hijos e hijas en España. Save the Children. 20-24.
https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/familias_en_riesgo_feb2020.pdf
- Boletín N° 23 de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. (2020). Observatorio de la Infancia. 46.
https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Boletin_Proteccion_23_Provisional.pdf
- Ceriani Cernadas, P. (2020). La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana. UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 11-26.
https://www.unicef.org/lac/media/14396/file/Nota_tecnica_regularizacion_migratoria_y_derechos_nna.pdf
- Garzón, E. y Fernández Durán, C. (2020). Que lo esencial no sea invisible. Impacto de la COVID-19 en el colectivo de personas migrantes: perspectivas y propuestas de cambio. OXFAM Intermón. 12-15.
<https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/que-lo-esencial-no-sea-invisible.pdf>
- Bodeux, L. (2021). Demystifying the regularisation of undocumented migrants. Caritas Europa. 21-25. https://www.caritas.eu/wordpress/wp-content/uploads/2021/03/210326-Regularisation-of-undocumented-migrants_policy-paper.pdf
- Delvino, N. y Spencer, S. (2019). Migrants with irregular status in Europe. Guidance for Municipalities. City initiative on Migrants with Irregular Status in Europe (C-MISE). University of Oxford. 11-70. <https://www.compas.ox.ac.uk/wp->

- content/uploads/CMISE-Guidance-for-Municipalities-Migrants-with-Irregular-Status-in-Europe.pdf
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (2011). Fundamental rights on migrants in an irregular situation in the European Union. Comparative Report. 47-103. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf
- Save the Children. (2021). Propuestas de Save the Children para dar respuesta a la situación de extrema vulnerabilidad de la infancia sin papeles en España. 4-12. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-02/Propuestas-Crecer_sin_papeles_en_Espana.pdf?utm_source=NotaPrensa&utm_medium=referal&utm_campaign=Migraciones
- Fanjul, G. y Gálvez-Iniesta, I. (2022). Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles. Fundación por Causa. 17-43. https://porcausa.org/wp-content/uploads/2022/03/Informe_Esenciales_2022.pdf
- Fanjul, G. y Gálvez-Iniesta, I. (2020). Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: una fotografía de la inmigración irregular en España. Fundación por Causa. 12-20. <https://porcausa.org/wp-content/uploads/2020/07/RetratodelairregularidadporCausa.pdf>
- Edo, A. (2019). The impact of immigration on the labor market. *Journal of Economic Surveys*. 922-948. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/joes.12300>
- González Gago, E. y González Olcoz, S. (2015). La infancia en los presupuestos. Estimación de la inversión en políticas relacionadas con la infancia en España y su evolución entre 2007 y 2013. Centro de Estudios Económicos Tomillo. 1. https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/la_infancia_en_los_presupuestos_cpd4_new.pdf
- Brazier, C. (2017). Building the Future: Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries. Innocenti Report Card 14. UNICEF Office of Research. 4-5. https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/RC14_eng.pdf
- Instrumentos normativos internacionales (por orden cronológico)
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. En el presente trabajo se han destacado artículos como el 19, el 24, el 27, el 28 y el 31.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, 21 de septiembre de 1992.

UNA INFANCIA SIN REGISTROS. LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2 de octubre de 2000.
- Observación General N° 6 del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005.
- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 24 de febrero de 2010.
- Programa de Estocolmo, 4 de mayo de 2010.
- Plan de Acción para Menores Extranjeros no Acompañados de la Comisión Europea, 6 de mayo de 2010.
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 31 de diciembre de 2011.
- Observación General N° 15 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, 17 de abril de 2013.
- Observación General N° 17 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, 17 de abril de 2013.
- Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el principio del interés superior, 29 de mayo de 2013.
- Agenda Europea de Migración de la Comisión Europea, 13 de mayo de 2015.
- Documento de la cumbre de las Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 21 de octubre de 2015.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para la protección de los niños migrantes, 12 de abril de 2017.
- Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los DDHH de los niños en el contexto de la migración internacional, 16 de noviembre de 2017.
- Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 5 de marzo de 2018.
- Pacto Europeo de Migraciones y Asilo, 23 de septiembre de 2020.
- Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo de por la que se establece una Garantía Infantil Europea, 14 de junio de 2021.
- Instrumentos normativos estatales (de España) (por orden cronológico)
- Código Civil Español. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

AGUSTINA M. DELLASANTA

- Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- V y VI informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus protocolos facultativos en España, de 5 de mayo de 2016.
- Ley Orgánica 3/2020, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. BOE, núm. 340, de 30 de diciembre de 2020.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2021.
- Real Decreto 220/2022, de 39 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. BOE, núm. 76, de 30 de marzo de 2022.
- Ley 15/2022, de 12 de julio de 2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE, núm. 167, de 13 de julio de 2022.
- Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, 20 de abril de 2022. BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022.
- Plan de Acción Estatal para la Implementación de la Garantía Infantil Europea en España, el cual aplica al período 2022-2030.
- Ley 12/2023, de 24 de mayo de 2023, por el derecho a la vivienda. BOE, núm. 124, de 25 mayo de 2023.

RECENSIÓN

UNA FILOSOFÍA, NO TAN FRÁGIL, DEL
DERECHO PARA EL
CONSTITUCIONALISMO

"A not so fragile philosophy of law for constitutionalism"

Un comentario sobre el libro de Massimo La Torre *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, DeriveApprodi, Bologna, 2023, 336 pp.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG¹
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

La pandemia que vivimos no hace tanto tiempo afectó directamente a la práctica totalidad de nuestras actividades cotidianas. Los docentes nos vimos directamente condicionados y tuvimos que cambiar muy rápidamente la metodología de nuestro quehacer, aprovechando las posibilidades que nos ofreció la docencia *online*. Es cierto que el aprovechamiento de esas posibilidades nos permitió continuar con nuestro trabajo (al menos en una de sus manifestaciones) y no interrumpir el contacto con los estudiantes. Esto es algo que hay que reconocer en favor de las potencialidades del entorno on line. Pero este reconocimiento no debe conducir a desterrar el modelo tradicional de enseñanza presencial, basado en el contacto directo entre estudiante y profesor. Las ventajas de ese modelo me parecen fuera de

¹ Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid, e-mail: javofil@der-pu.uc3m.es; <http://orcid.org/0000-0002-6899-2857>

discusión², si bien es cierto que hoy tienen que reivindicarse frente a una estandarización de la enseñanza, en particular la universitaria, afectada por un discurso que propicia el desembarco en el ámbito docente e investigador de estrategias mercantiles, frecuentemente incompatibles con la puesta en valor de las humanidades³.

Esta reflexión inicial puede servir para contextualizar la propuesta de Massimo La Torre en *Il senso della norma*. El libro incluye las lecciones de filosofía del Derecho que impartió on line durante el curso 2019-2020 en la Universidad de Catanzaro, es decir, durante el tiempo de pandemia. Las clases se grabaron y posteriormente se volcaron al papel, de manera fiel en relación con lo dicho en clase, por Rosario Paradiso. Todo ello recuerda de alguna manera a los textos de Norberto Bobbio que en realidad incluían los cursos impartidos por el maestro de Turín⁴. Esta circunstancia explica el estilo fresco del libro, en el que hay reenvíos frecuentes a otras partes de libro y en donde se incluyen referencias culturales que trascienden el estricto discurso iusfilosófico. En efecto, la filosofía del Derecho de Massimo La Torre es una filosofía “cultural” del Derecho. El Derecho es considerado como un elemento de la realidad cultural y social (p. 47). Eso explica por qué debe entenderse en el marco de contextos y discursos más amplios, que lo trascienden pero que contribuyen a dotarlo de sentido. Pensemos, por ejemplo, en las referencias que en el libro se hacen a la tensión entre el racionalismo y el romanticismo y a sus derivaciones en relación con la comprensión del Derecho; o en las referencias a Pascal, Montaigne y Descartes, que permiten dotar de sentido al concepto de autoridad (pp. 104 y ss.); o en la consideración que se hace de

² Es el que reivindican Maggie BERG y Barbara K. Seeber en *The Slow Professor. Desafiando la cultura de la rapidez en la academia*, traducción de B. Jiménez Villar, Universidad de Granada, 2022. Y también Gustavo ZAGREBELSKY, *La lezione*, Einaudi, Torino, 2022.

³ Entre las múltiples referencias, M. C. NUSSBAUM, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, trad. de M. V. Rodil, Katz, Madrid, 2010; J. LLOVET, *Adiós a la universidad. El eclipse de las humanidades*, trad. de A. Fuentes, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2011; N. ORDINE, *L'utilità dell'inutile*, Bompiani, Milano, 2013.

⁴ Muchos de los cuales están siendo reimpresos en la collana *Bobbiana* que dirige el prof. Tommaso Greco en la editorial Giappichelli.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

Spengler, Mann o Frazer; o en la poesía *Law like Love* de Auden. Todo esto, además de mostrar el acervo cultural de La Torre, muestra también el valor cultural del Derecho, su consideración como un producto cultural. Así, comparte espacio con otras manifestaciones de la actividad humana, como el arte, la música, la literatura. En ese contexto debe ser entendido. Una comprensión del Derecho aislada de ese contexto deja atrás elementos y dimensiones que contribuyen a dotarlo de sentido en el ámbito de lo humano. De la misma manera que una conceptualización del Derecho centrada exclusivamente en su dimensión lingüística posiblemente desconoce otras dimensiones que permiten entender la naturaleza del Derecho en su voluntad ordenadora del mundo humano.

Pero, más allá de la relevancia de esta dimensión cultura del discurso de La Torre, lo cierto que es su propuesta se nos presenta como una filosofía “frágil” del Derecho. Así, la primera inquietud que le surge al lector del libro es la que tiene que ver con el sentido de esa fragilidad. Situados como estamos en el ámbito de la filosofía, podríamos sospechar que esa fragilidad tiene que ver con la actitud con la cual nos aproximamos a las cuestiones filosóficas, en este caso iusfilosóficas. Ciertamente, la fragilidad no va a tener que ver con la falta de convicción con la que se defienden ciertas tesis en relación con el Derecho. Y, por supuesto, tampoco tiene que ver con la debilidad predicada de un cierto pensamiento propuesto desde planteamientos posmodernos.

Y es que la alusión a la fragilidad en la elección del subtítulo del libro tiene su importancia, pues condiciona la actitud del lector y sus expectativas en relación con lo que ese lector se va a encontrar. En este caso la referencia a la fragilidad da cuenta del problema que se aborda y de las consecuencias que derivan del planteamiento del problema. La filosofía del Derecho de Massimo La Torre gira en torno a la reflexión sobre el sentido de la norma. Creo que plantear en el título una alusión al sentido de la norma es bien expresivo del tipo de filosofía del Derecho que nos encontramos en Massimo La Torre, dirigida al análisis de los problemas nucleares desde el punto de vista iusfilosófico. La filosofía del Derecho es un saber muy peculiar. A caballo entre la filosofía y el Derecho, se presenta como un ámbito con confines no siempre bien definidos, al menos si se compara con la certeza con

la que identificamos otras aproximaciones al Derecho, señalando lo que forma parte de ellas y lo que se sitúa extramuros de esos ámbitos de saber. Por poner un ejemplo, sabemos qué forma parte del Derecho penal (entendido como ciencia jurídica) y cuándo un penalista sitúa su discurso en ese ámbito. Esto no quiere decir que dicho discurso no se nutra de elementos que provienen de una enriquecedora multidisciplinariedad; pero en todo caso podemos tener una mínima certeza a la hora de incluir un discurso en el ámbito de la ciencia penal.

Esto dista bastante de lo que ocurre en la filosofía del Derecho. Me parece que tomarse en serio la filosofía del Derecho implica asumir algún tipo de compromiso con su objeto y con sus responsabilidades. Esto es singularmente más importante en un ámbito en el que, como he señalado, los confines no parecen bien definidos. Es algo que se puede concluir tras la lectura de los índices de las revistas de nuestra área de conocimiento, al menos en ciertos contextos. En este sentido no deberíamos olvidarnos nunca del problema ontológico radical en nuestro ámbito, que es el del concepto de Derecho. Ese es el núcleo de la filosofía del Derecho. Disponer de un concepto de Derecho parece un paso imprescindible, previo al abordaje de otras temáticas comenzando por los problemas del conocimiento y evaluación del propio Derecho. Lo que determina el lugar de determinadas propuestas y reflexiones en el ámbito de la filosofía del Derecho es la mayor o menor relevancia en relación con el problema central. Y esta mayor o menor relevancia es algo que en ocasiones es difícil detectar en un contexto caracterizado por el “*periferismo*” que parece caracterizar a algunas de las investigaciones que se producen en el interior del gremio iusfilosófico. A lo que cabe añadir que, de la misma manera que no todo aquello que escribe un filósofo del Derecho es ya por ello filosofía del Derecho, tampoco hace falta pertenecer al gremio institucional de la filosofía del Derecho para proponer tesis relevantes desde el punto de vista iusfilosófico. La atención que en el libro se presta a un internacionalista como Koskenniemi es buena muestra de ello. En todo caso, una reflexión sobre el sentido de la norma como la que se propone en el libro no tiene, en este sentido, nada de periférico.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

Pero regresemos a la fragilidad de la que nos habla Massimo la Torre en el subtítulo del libro. Posiblemente esa fragilidad puede tener sentido desde una doble perspectiva. La fragilidad es una cuestión, para empezar, que tiene que ver con la actitud con la que uno se aproxima a la discusión iusfilosófica; actitud caracterizada por una “*renuncia alla assolutezza non dialogica*” (p. 7), es decir por una continua predisposición al contraste de ideas y a la comparación crítica de posiciones. Así, una filosofía frágil se opondría a una filosofía “robusta”, o “fuerte”, derivando esta fortaleza no de la solidez de sus tesis sino de la descalificación de las alternativas frente a las posiciones propias. La fragilidad no tiene que ver con renunciar a la verdad. Esto, que es especialmente relevante en tiempos de posverdad, situaría la reflexión más allá de los confines de la filosofía, desde el momento en que la participación en la aventura filosófica implica necesariamente un compromiso con la idea de verdad. La permanente predisposición a la consideración de la validez de las tesis diferentes o contrarias permite considerar el discurso filosófico como un discurso siempre inacabado. Y además como un discurso prudente, abierto a la consideración de la propia falibilidad.

Pero, además, la fragilidad tiene que ver con el objeto de la filosofía del Derecho. Aquí hay dos cuestiones importantes que, de modo relacionado entre sí, condicionan la reflexión del profesor La Torre y la estructura del propio libro: el concepto y la práctica del Derecho. Por una parte, y aquí estamos de lleno en el ámbito ontológico, el Derecho no se presenta como una realidad preexistente a nuestra aproximación, de la que captamos las características a partir de las cuales construimos una definición. Es decir, el Derecho “non ha una «natura» precedente al suo concetto” (p. 7). Muy al contrario, es algo cuyo concepto se construye en la misma aproximación al mismo; más bien, en la propia vivencia del mismo: es en la práctica del Derecho en donde se construye su concepto. Por eso la filosofía del Derecho debe estar atenta a la práctica del Derecho. En este caso en el libro se emprende una estrategia que consiste en asumir una perspectiva amplia; esto es, identificar el espacio de la práctica con un determinado modelo jurídico político. Ese modelo, que es el constituido por el constitucionalismo, no es escogido al azar:

su pertinencia tiene que ver con el hecho de que constituye el contexto que en términos generales determina nuestra experiencia jurídica.

El modelo constitucionalista, como cualquier otro, condiciona por tanto la práctica del Derecho. Dicha práctica, y el punto de vista interno asumido por el participante, permite construir el concepto de Derecho. En este punto hay que ser bien conscientes de que los modelos de Derecho y las prácticas relacionadas con los mismos son plurales. Es decir, las experiencias humanas vinculadas a la participación en esa práctica no son únicas, unidireccionales. Por tanto, el concepto de Derecho –a diferencia de lo que piensa Joseph Razno es único desde el momento en que el Derecho carecería de esencia. Esta es una de las dimensiones de esa fragilidad de la que hemos hablado, desde el momento en que la propuesta conceptual de la filosofía del derecho nunca va a ser final e indiscutida. O, dicho de otro modo, es expresión de lo complejo del trabajo del filósofo del Derecho. Y cuando hablo de complejidad, estoy pensando en la dificultad de su quehacer; dificultad provocada precisamente por las características del objeto con el que trabaja: el Derecho.

La dificultad de la conceptualización del Derecho, de un lado, y su conexión con la práctica, de otro, son los dos aspectos que condicionan la estructura del libro. Esto es algo que ya se anuncia desde el principio: en una primera parte, se aborda la cuestión de la discusión sobre el concepto de Derecho como práctica social y de la perspectiva cognitiva más adecuada para entender dicha práctica social. En una segunda parte, se aborda la cuestión de la justicia constitucional, desde el momento en que se considera un elemento definitorio del modelo constitucional en el que se desarrolla la práctica del Derecho.

En la primera parte del libro, Massimo La Torre aborda el problema ontológico, la cuestión del concepto de Derecho. Como he señalado, aquí estamos en el corazón de la filosofía del Derecho; o, al menos, de una determinada forma de entender la filosofía del Derecho. En este sentido, hay una tesis principal que condiciona el posterior desarrollo del discurso: el Derecho es una práctica. En efecto, no estamos frente a una realidad que nos precede y de la cual, al intentar definirla, pretendemos captar su esencia: el Derecho carece de una naturaleza precedente a su concepto (p. 7).

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

En realidad, esta circunstancia es el origen del conflicto en el que está instalada la filosofía del Derecho. A la hora de conceptualizar el Derecho, carecemos de una referencia indiscutida, al contrario de lo que ocurre en otras aproximaciones a la realidad, en otros ámbitos de la ciencia. En nuestra tarea de conceptualización del Derecho, no podemos encontrarnos con una realidad cuya existencia y caracterización no dependa de nuestra concepción sobre la misma. La relevancia de la distinción entre el concepto de Derecho y la concepción desde la cual nos aproximamos al mismo es bien subrayada a lo largo del libro. Eso es lo que explica que no podamos hacer algo así como una visita a un museo del Derecho. Es decir, imaginar un espacio en cuyas salas nos encontramos vitrinas tenuemente iluminadas con un objeto en su interior acompañado de una inscripción: norma jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, matrimonio, hipoteca, enfiteusis. Nos referimos a instituciones jurídicas que son lo que son, a realidades que forman parte del popperiano “mundo 3” (p. 32), que tienen un significado determinado a partir de la concepción desde la que nos aproximamos a las mismas en el marco de una práctica social. La norma jurídica, y por supuesto el Derecho, no tiene magnitudes, no podemos identificar su longitud, su anchura o su profundidad, lo cual no quiere decir que no exista y que no incida en la realidad. Si no existiera, sería imposible comprender, dotar de sentido a determinadas prácticas o a determinadas situaciones sociales: desde un matrimonio, pasando por la firma de una escritura notarial, o por el régimen penitenciario, hasta una jornada electoral. Carecemos de la certeza que acompaña la actividad del biólogo, del químico, del físico; ellos pueden trabajar, tienen que trabajar, con un ámbito de la realidad que está ahí: la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de esta. Y dicho conocimiento no está condicionado por determinadas concepciones de la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de la misma. Y dicho conocimiento no está condicionado por determinadas concepciones; concepciones que sí pueden condicionar el uso de esa realidad. En resumidas cuentas, la relevancia que las concepciones tienen en el trabajo del jurista no se da, al menos en la misma medida, en otros contextos: así como es importante, respecto a la consideración del

objeto de atención, ser jurista, positivista o iusnaturalista, no parece que lo sea –en su ámbitola ideología del químico, a la hora de identificar su objeto de trabajo, la molécula.

Así, tenemos por un lado la identificación del Derecho con una práctica, con algo que está en perenne elaboración; por otro, la diferencia, y al mismo tiempo relación, entre concepto y concepción. A partir de estas dos premisas podemos reconocer la relevancia práctica de la filosofía del Derecho desde el momento en que constituye el ámbito en el que se procede a la conceptualización del Derecho. La dimensión práctica de la conceptualización del Derecho es un punto que merece ser subrayado. Así, frente a un discurso descalificador y desconfiado respecto a la utilidad y a la relevancia de la filosofía del Derecho (discurso cuya responsabilidad tiene que buscarse en muchas ocasiones en el interior de las filas y unas filosóficas y en el tipo de discurso que desde éstas se ha ofrecido a la sociedad), lo adecuado es reconocer la incidencia práctica de la filosofía del Derecho. Y ello al menos en un doble sentido. Por una parte, qué duda cabe de que de la identificación de un concepto de Derecho se derivan consecuencias prácticas. Disponer de un concepto de Derecho es una exigencia de la participación en el juego del Derecho, en el discurso jurídico. Por otra parte, la conceptualización no consiste en la captación de una esencia, sino que es el resultado, presupone, la participación en una práctica social.

En un determinado momento del libro, Massimo La Torre hace alusión a la miseria y a la grandeza del Derecho (p. 57), para referirse a la intervención del Derecho en la realidad. Y desde el momento en que el Derecho es expresión de una determinada filosofía del Derecho (*“il diritto è la sua filosofia”*, p. 89), hay que reconocer la incidencia práctica también de la filosofía del Derecho. A partir de ahí, estamos en presencia de la situación dramática en la que se encuentra la filosofía del Derecho: *“ciò che pratichiamo come diritto dipende da ciò che concepiamo come diritto. La pratica del diritto dipende dalla concettualizzazione che le diamo”* (p. 89). De ahí el carácter interminable de la reflexión filosófica sobre el concepto de Derecho al que

se refiere Hart en el inicio de *The Concept of Law*; conceptualización que se considera una “*persistent question*”⁵.

Evidentemente, el carácter complejo e interminable de la reflexión sobre el concepto de Derecho no es una justificación, o una excusa, para no perseverar en dicha tarea. No debe serlo. Al contrario, la conceptualización (y justificación) del Derecho es una responsabilidad, con consecuencias teóricas y prácticas, a la que la filosofía del Derecho no puede renunciar. La estrategia que asume Massimo La Torre pasa por varios hitos. En efecto, partiendo de la distinción entre ley natural y ley jurídica, *physis* y *nomos* (pp. 13 y ss.), explora la distinción entre hechos naturales y hechos sociales (pp. 28 y 29). Todo ello, asumiendo a von Wright, Weber y Winch como referencias. Este itinerario le permite llegar a una distinción principal, la referida a los hechos brutos y a los hechos institucionales, y a aquella – propuesta por Searle entre reglas regulativa y reglas constitutivas (p. 46) El que conozca la trayectoria intelectual de Massimo La Torre sabe del peso que estas distinciones tienen en su concepción del Derecho, en la que el institucionalismo de MacCormick y Weinberger ocupa un lugar importante⁶.

Pero hay dos elementos que, en mi opinión, complementan el concepto de Derecho que asume Massimo La Torre. La consideración del Derecho como práctica en la que se participa justifica la prevalencia del punto de vista interno (“*si può avere diritto senza punto di vista esterno, ossia senza l’osservatore, ma non senza il punto di vista interna del partecipante*”, p. 45). A lo que hay que añadir su crítica a la concepción del Derecho como fuerza. Esta tesis forma parte de su arsenal argumentativo contra el positivismo jurídico, o contra algunas manifestaciones el mismo, tal y como ha mostrado en obras anteriores⁷. En este aspecto, Massimo La

⁵ Vid. H. L. A. HART, *The concept of Law*, second edition, Oxford University Press, 1994, p. 1.

⁶ Vid. M. LA TORRE, “«Esistenzialismo» e istituzionalismo”, en C. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 115-157.

⁷ Vid. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, 2020.

Torre es perfectamente coherente con la distinción entre concepto y concepción, de un lado, y con la consideración del Derecho como praxis, de otro: “*In realtà, poichè ciò che facciamo all'interno di una prassi sociale dipende da ciò che crediamo di fare in quella certa pratica, se si ritiene che il diritto sia violenza, il diritto allora sarà necessariamente violenza*” (p. 89). La consideración del momento sancionador como algo “periférico” alejado por tanto del momento central de lo que es el Derecho, y la opción por un modelo normativista (el Derecho es norma) frente a otro imperativista (el Derecho es mandato) permitiría detectar la proximidad, en este punto, de la propuesta de Massimo La Torre con otras, como la de Tommaso Greco, basadas en la crítica del modelo antropológico en el que descansa lo que él considera el maquiavelismo jurídico y en la defensa de una comprensión horizontal del Derecho⁸. Y, al mismo tiempo, marca las distancias entre su propuesta y aquellas otras que subrayan la relevancia del elemento fuerza, coerción, en una visión sancionadora del Derecho⁹.

Como señalaba anteriormente, el esquema del libro es coherente con la tesis de fondo defendida por Massimo La Torre: el concepto de Derecho depende (está condicionado) por la participación en una práctica. Eso justifica la atención que en la segunda parte del libro se presta al constitucionalismo y a la justicia constitucional, entendida como como “*riflessione istituzionalizzata su ciò che è diritto*” (p. 233). La práctica de ese hecho social que es el Derecho y la participación en el mismo no se pueden imaginar en términos asépticos y descontextualizados. Los modelos jurídico-políticos condicionan la práctica y la participación. Esta circunstancia parece especialmente relevante, pues ella se derivan consecuencias en torno a la posibilidad de un concepto “general” de Derecho. En efecto, la práctica del Derecho siempre se va a realizar en el interior de un modelo jurídico, que es el que define la experiencia jurídica. Y si a través de la práctica conceptualizamos el Derecho, deberíamos llegar a la conclusión de que el modelo jurídico condiciona

⁸ Vid T. GRECO, *La legge della fiducia*. Alle radici del diritto, Laterza, Bari, 2021.

⁹ Vid. F. SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Harvard, 2015; A. PINTORE, *Coercizione e diritto*, *Mimesis*, Milano, 2023.

el concepto. ¿Ello nos obliga a concluir que hay tantos conceptos de Derecho como modelos jurídicos y que, por ejemplo, el constitucionalismo, y su práctica, conceptualiza, a su modo, el Derecho, ¿a diferencia de lo que ocurre en otros entornos?

El contexto constitucionalista nos permite presenciar lo que podríamos considerar la filosofía del Derecho “en acción”; o, si se prefiere, la “*rilevanza pratica della filosofia del diritto*” (p. 142). En efecto, el modelo constitucional es un magnífico laboratorio para someter a consideración las cuestiones esenciales de la filosofía del Derecho. En ese sentido, puede ser analizado como una manifestación de la tensión entre razón y voluntad. Esta tensión –a la que se pueden reconducir en su sentido problemas que la filosofía del Derecho viene planteándose tradicionalmente, como el de las relaciones entre el Derecho, la moral y el poder–, se reproduce en el caso de la justicia constitucional: sintéticamente, la razón de los derechos de la Constitución, frente a la voluntad de las mayorías y del parlamento¹⁰.

Pero la práctica del constitucionalismo permite considerar otros aspectos básicos de la filosofía del Derecho, a través de los cuales se articula un concepto de Derecho. Pensemos, por ejemplo, en la discusión entre Kelsen y Schmitt en relación con quien debe ser el guardián de la Constitución, a la que en el libro se presta atención. Es evidente que la cuestión afecta a la relación entre juez y legislador y a la posición relativa de ambos operadores jurídicos en el modelo. La intervención del juez en la garantía de la Constitución, que quizás en su origen puede verse como un “*colpo di stato giudiziario*” (p. 152), debería dejar de ser considerada como tal, desde el momento en que el juez que determina la constitucionalidad de la ley, lo hace en el ejercicio de las competencias conferidas por el sistema. Ello, más allá de posibles excesos criticables. Pero, en todo caso, la discusión sobre el custodio de la Constitución tiene consecuencias prácticas. Preguntarse por el guardián de la Constitución supone plantear el problema de la garantía de la libertad. No estamos frente a meras consecuencias lógicas de la jerarquía de la Constitución. Es, antes que eso, un postulado político: el de la limitación del poder. Me parece que es la

¹⁰ Sobre la cuestión me he detenido en F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

tesis que asume Massimo La Torre al reivindicar un punto de vista sustancial, según el cual no se trata solo de defender la Constitución porque es la norma suprema, sino por el imperativo de defender los derechos que se recogen en ella. Lo cual – podemos añadir – supone operar con un específico concepto de Constitución (que se puede entender a partir de lo establecido en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789) y también con un concepto de democracia sustancial (que, junto a la regla de las mayorías, incluye el reconocimiento y garantía de los derechos, internalizando, por tanto, la idea de límite al poder).

La discusión entre Kelsen y Schmitt permite considerar gestiones básicas en la filosofía del Derecho: la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, la relación entre producción y aplicación del Derecho, o la contraposición entre el normativismo y el decisionismo, por señalar algunos. De la misma manera, esas cuestiones también surgen en otros debates que Massimo La Torre recorre en esta segunda parte del libro. Por ejemplo, el debate entre Alexy y Ferrajoli; o aquel otro entre Alexy y Günther. Este recorrido permite también valorar el estado actual de la discusión filosófica. Y vuelve a demostrar que el constitucionalismo constituye un verdadero caldo de cultivo para la filosofía del Derecho. Pensemos, por seguir con algunos ejemplos, en la capacidad que tiene el modelo constitucional a la hora de evidenciar la naturaleza argumentativa del Derecho y de poner sobre la mesa las potencialidades legitimadoras de la argumentación. O en la discusión sobre el lugar óptimo para la realización de la razón pública (ciudadanía y parlamento versus tribunales). O en el hecho de que el “Derecho sobre el Derecho” que propone el modelo constitucional, no debe confundirse con un “Derecho contra el Derecho” (p. 205). Esta distinción, para Massimo La Torre, no fue considerada por el positivismo jurídico del siglo XIX: “*se il diritto può avere qualunque contenuto, evidentemente può anche negare se stesso*” (p. 205). Y esa es la causa, o una de las causas, de la crisis del positivismo jurídico¹¹.

¹¹ Vid. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, cit.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

En todo caso, la problemática de la justicia constitucional se presenta como un ejercicio de reflexión sobre lo que es el Derecho. Por lo tanto, es un lugar óptimo para la filosofía del Derecho y el espacio en el que el juez constitucional se presenta -dworkinianamente (Dworkin se considera “il nume tutelare del corso”, p. 303) como un auténtico filósofo del Derecho. En este punto, se evidencia la diferencia entre el legislador y el juez. Si el primero “*no riflette sul diritto, cioè non è implicato in una pratica auto-riflessiva istituzionalizzata sul diritto che esso stesso produce*” (p. 234), dicha función corresponde al segundo. Esta diferencia tiene todo el sentido en presencia de un giro pragmático de la teoría del Derecho que se constata a partir principalmente de Hart, y que permite concluir, recordémoslo de nuevo, que “*il diritto è un concetto che si può determinare soltanto a partire dalla prospettiva di chi opera nella prassi del diritto*” (p. 286). El desafío, entonces está en identificar esa praxis y a sus protagonistas. De esa manera tendremos ante nosotros un concepto más extenso (o democrático) de Derecho, a partir de la participación de la ciudadanía en el Derecho y de la conciencia que aquella tiene de éste; o bien un concepto más restringido, derivado exclusivamente de la práctica de los operadores jurídicos entre los que, sin duda, el juez va a tener un protagonismo claro, y más en el modelo constitucional. El problema, por tanto, no es el de la definición del Derecho sino el de saber quién es el sujeto que define (o que debe definir) el Derecho.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

NOTAS

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM

Assessing Surrogate Motherhood in Islam¹

JESÚS FRANCISCO RAMÍREZ BAÑUELOS²

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

RESUMEN

Este ensayo reflexiona sobre la impermisibilidad de la maternidad subrogada en la mayoría de los países del Islam, con la excepción de Irán. Sin ser un estudio omnicompreensivo, se realiza una valoración de las principales razones que impiden a las parejas musulmanas acceder al método de asistencia reproductiva de la maternidad subrogada. El planteamiento de este ensayo es que la maternidad subrogada no es permitida dado que bajo el derecho islámico no es posible negar la maternidad. La presunción de la maternidad está sustentada tanto en el Corán como en el idioma árabe y se refleja en las interpretaciones que realizan los estudiosos del Islam. Se concluye que la maternidad subrogada gestacional es la única variante de la maternidad subrogada que puede ser compatible con los principios del Islam.

Palabras clave: maternidad subrogada, Islam, maternidad subrogada gestacional.

ABSTRACT

This essay reflects on the impermissibility of surrogacy in most Islamic countries, except for Iran. Without being an all-encompassing study, an assessment is made of the main reasons that prevent Muslim couples from

¹ Este artículo es el trabajo final del LLM en Derecho Internacional y Comparado del Trinity College de Dublín. No se ha recibido ninguna financiación para la preparación de esta investigación.

² Abogado y maestro en Gestión de Servicios Públicos en Ambientes Virtuales por la Universidad de Guadalajara. Master en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada, España. M2 en Historia del pensamiento jurídico contemporáneo por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. LLM en Derecho Internaciona y Comparado por el Trinity College Dublin. ramirezbanuelos@gmail.com

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM

accessing the reproductive assistance method of surrogacy. The approach of this essay is that surrogacy is not allowed since under Islamic law it is not possible to deny motherhood. The presumption of motherhood is supported in both the Qur'an and the Arabic language and is reflected in the interpretations made by Islamic scholars. It is concluded that gestational surrogacy is the only variant of surrogacy that can be compatible with the principles of Islam.

Keywords: surrogacy, Islam, gestational surrogacy.

INTRODUCTION

Procreation is one of the most common goals in the life plan of human beings. However, not all people are able to achieve it through sexual intercourse with their partners. Given this reality, reproductive assistance techniques are considered as an alternative to achieve it. One of the most controversial of these alternatives is surrogate motherhood. Surrogate motherhood is almost unanimously —except for Iran specifically for gestational surrogacy— rejected by authorities in the Islamic world. However, the reasons for preventing surrogacy are not uniform and differ markedly depending on whether the community is predominantly Sunni or Shiite (Shabana, 2015 pp. 84-85; Aramesh, 2009, pp. 320-322).

It has been noted that the reasons for preventing surrogate motherhood in Islam are of two types. The first category corresponds to ethical and psychological reasons common to any society in the world, namely, the concern for monetising the arrangement between the surrogate mother and the biological parents; and the emotional impact that may result for the surrogate mother in giving up the conceived child, as well as the psychological implications for the child growing up and knowing that he or she has "two mothers" (Fadel, 2002, p. 154). The second category are reasons specific to Islam, namely a) the intervention of third parties outside the marriage; b) the priority of family unity, based on the marriage bond and the preservation of patriarchal lineage; and c) the protection of the right of children to know the identity of their parents (Fadel, 2002, p. 148; Muaygil, 2017; Shabana, 2015, p. 83). Although the first set of arguments for rejecting surrogate

motherhood have merit for analysis, they will not be addressed in this essay as they are beyond the scope of this study and do not relate directly to Islam (Shabana, 2015, pp. 115-116). However, none of the analyses have focused on the role of the mother in the construction of the family model that Islam protects. That is, the nuclear family originating from the marriage bond. This paper aims to contribute to the sense that the reason for the refusal to allow the use of surrogate motherhood in Islam is the legal impossibility of disregarding motherhood. This is so, since according to Islamic law there is a presumption of motherhood as the structural axis of the family unit.

Although medically there are two types of surrogate motherhood, namely, a) partial; and b) total, this paper will focus only on the first type, i.e., partial, or gestational surrogacy. This paper examines the compatibility of gestational surrogacy with Islam. For the purposes of this paper, partial or gestational surrogacy is defined as assisted reproductive techniques performed by a married couple in which one or both partners are infertile. In these cases, the couple resorts to *in vitro* fertilisation from the union of the husband's sperm with the wife's egg to create an embryo. The embryo is then implanted in the uterus of the surrogate mother. The surrogate mother carries the pregnancy to term and delivers the child to the commissioning couple (Fadel, 2002, p. 153). This essay limits its study to this type of surrogate motherhood, as it is the only variant that is in accordance with the principles of Islam (Muaygil, 2017, p. 113).

This paper is structured based on an analysis of the arguments given by Islamic scholars to reject surrogate motherhood. The first part establishes the premise underpinning this paper, namely that the mother is the fundamental actor in the institution of marriage, and it is around her that the family is legitimised. In the second part, the argument against the intervention of third parties outside the marriage as an element to prevent surrogate motherhood is studied. The third part analyses the preservation of lineage as a possible ground for excluding the acceptance of surrogate motherhood. The fourth part examines whether surrogate motherhood guarantees the right of children to know the identity of their parents. It concludes that only gestational surrogacy can satisfy the requirements of Islamic

law. It is argued that so far, most states in the Islamic world do not allow it because their laws do not provide for the possibility of disregarding maternity. Thus, for those countries that are against it, surrogate motherhood is a risk to family stability. The risk is conceived not because of paternal filiation but because it is considered that there may be social uncertainty in distinguishing the person who gives birth from the concept of mother. For them the conclusion is aberrant: there are two mothers or no mother at all.

I. THE FUNDAMENTALITY OF THE MOTHER IN ISLAM

Contrary to the widespread idea that the family in Islam is structured around the father, this paper argues that it is the mother who is the pivot for the social and legal configuration of the family in Islamic law. It is true that children bear the appellations of the father, even when they are born out of wedlock (Shabana, 2015, p. 114). However, unlike paternity, maternity is not subject to legal disregard and there is even a verse in the Qur'an that refers to the mother as the one who gives birth: "None can be their mothers except those who gave them birth" (Fadel, 2002, p. 154). This divine affirmation is strengthened in the language itself. In this respect, it is revealing to note that the Arabic word *Walad* —to give birth— is very close to the different *Walidah* —mother. There is an irrefutable conviction that the mother is the person who gives birth and no other (Fadel, 2002, p. 154).

It is around this linguistically endorsed divine truth that the legal provisions in the Islamic world are located. The mother is considered the centre of the family, legally formed by husband and wife. The offspring of this relationship are the only legitimate children. In the case of unmarried mothers, their children are considered illegitimate, but they remain their mother's children legally and socially —with the negative consequences for the woman.

The conceptualisation of the mother in the Islamic world is based on the naturalness of the human being. That is, the mother is the woman who is fertilised by a man's sperm and who, after carrying the pregnancy —during which time she nourishes the foetus in her own body and exchanges its genes and blood fluids— gives birth to a new being. That new being, her child, is also her father's child. But

the truth is that the mother is unquestionable, not the father. Understandably, this biological view of the mother-child-father relationship, naturally reflected in the Qur'an, is called into question when faced with the intervention of medical science to facilitate procreation through surrogate motherhood. Of particular concern to Islam is the involvement of a third party, i.e., the surrogate mother, in the process of conception of a new being.

II. THE INTERVENTION OF THIRD PARTIES IN MARRIAGE

Islamic law is structured on the acceptance of divine designs as a guide to achieve virtue on earth. God is the creator and from him comes life. However, when couples become infertile, the question arises as to whether it is permissible in Islam for human beings to use assisted reproductive techniques. In Islam, the aim is for the human being to develop during his or her earthly existence in the best possible circumstances. Islam does not demand human resignation in the face of problems, but rather that the solutions be in accordance with the Qur'an, as well as the Sunnah and, where applicable, the interpretations of scholars and religious authorities (Fadel, 2002, pp. 147-148).

For Islam, the community is at the centre of the life of human beings, who have a specific role according to the place they occupy in their family. Therefore, the family as a social nucleus is fundamental for human beings to maintain their relationship with God. In that sense, procreation is essential for the continuity of the family. However, Islam protects the nuclear family based on legitimate marriage (Shabana, 2015, p. 88). That is why adultery and even adoption as it is known in the West is rejected (Fadel, 2002, p. 150; Muaygil, 2015, p. 114).

According to Islam, marriage is the social space intended by God for procreation. As a central figure validated by God, marriage has a sacred value for the community (Alam, 2019, p. 249). Husbands and wives are obliged to keep their intimate relations within their marriage and not to display them to outsiders (Muaygil, 2015, p. 115). In fact, even when a wife must be treated for a health condition, Islamic law provides strict rules indicating who can treat her, with a woman being the preferred provider.

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM

As marriage is a space reserved for husband and wife, the general opinion is that the intervention of a third person such as a surrogate mother breaks with the sanctity of the family institution. Those who believe otherwise point out that in the case of gestational surrogacy no such violation occurs, since the process of fertilisation of the husband and wife's sperm and egg takes place outside the family in a medical environment in front of competent personnel. Furthermore, they consider that the embryo is a distinct being, i.e., it does not involve the direct impact of the husband's sperm with the surrogate mother's eggs. In other words, the implantation of the embryo in the uterus of the surrogate mother does not break the marriage bond because the new being is the product of the union of the spouses' gametes (Muaygil, 2015, p.117).

The analogy with the milk mother to explain gestational surrogacy is very illuminating, especially when it is understood that the surrogate mother has no contact with the husband and there is no blood or genetic transfer with the embryo (Muaygil, 2015, p.117).

If this scientific explanation is accepted, then it follows that in the specific case of gestational surrogacy there is no third-party involvement in the marriage (Muaygil, 2015, p.113).

III. THE PRESERVATION OF LINEAGE

For Arab countries, even from the pre-Islamic tribal period, the preservation of lineage has been fundamental to social harmony. It is generally accepted that lineage follows paternal filiation, with the father's appellation being passed on to children and serving as an identification of the individual's family background (Muaygil, 2015, p.114).

In this regard, opponents of surrogacy point out that surrogacy confuses lineage by mixing the genes between the biological parents and the surrogate mother (Ahmed, 2015, pp. 38-39; Alam, 2019, p. 250). However, while this may be true in cases of full surrogacy where the husband's sperm fertilises the surrogate's egg, it is not true in the case of gestational surrogacy. Today, scientific advances

make it possible to be certain that in the case of gestational surrogacy there is no transfer of genes or blood between the embryo —created from the husband's sperm and egg— and the surrogate mother's body. In this sense, without implying surrogate motherhood objectify the surrogate mother, her womb is the receptacle that nurtures a new being independent of her own genetics. Beyond the natural fact of giving birth, the surrogate mother does not share any genetic link with the new being, the child of the commissioning parents. Therefore, there is no confusion of lineages.

When a medical view is taken, it is possible to conclude that the parentage of the new being, and thus its lineage, is solely that derived from the marital relationship between the commissioning spouses. However, the permanence of the Qur'anic and linguistic concept of mother makes many Islamic scholars doubt the denial of the motherhood of the woman who gave birth. In this regard, Iran sets several requirements to ensure that *in vitro* insemination does not confuse the lineage. These requirements are a) that the biological parents are married to each other; b) that the sperm comes from the husband; c) that the fertilisation occurs within a legally valid marriage; and d) that the procedure is performed by competent persons (Fadel, 2002, p. 152). In addition, the surrogate mother is required to abstain from sexual intercourse after the implantation of the embryo and for the duration of the pregnancy. As can be seen, if these elements are observed, it is possible to identify precisely who the biological parents of the new being are and what the role of the surrogate mother is. Under these conditions the right of the child to know the identity of the parents is not violated (Aramesh, 2009, p. 320).

IV. THE RIGHT OF CHILDREN TO KNOW THE IDENTITY OF THEIR PARENTS

Another argument for opposing surrogate motherhood in Islam and concomitant with the preservation of lineage is the right of children to know the exact identity of their parents (Shabana, 2015, p. 89). This is perhaps the strongest argument, as the right of the child takes precedence over the right of the parents. Everyone

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM

should know where they come from and identify both their father and their mother (Muaygil, 2015, p. 89; Fadel, 2002, p. 150). In practice this right has greater implications for the knowledge of paternity, since, as mentioned above, motherhood is assumed to belong only to the woman who gives birth (Muaygil, 2015, p. 115).

For scholars of Islam who are against surrogacy—even gestational surrogacy—the fact that the birthing mother is not legally considered the mother is a contradiction in terms (Muaygil, 2015, p. 114). This confusion of roles of the women involved in procreation causes religious authorities to consider surrogate motherhood as a risk to the stability of the family unit: how to explain in religious terms that the mother is the one who provided her egg to be fertilised *in vitro*, but did not give birth, and on the other hand, how to deny in terms of the Qur'an that the woman who gave birth is not the mother of the new being? (Aramesh, 2009, pp. 320-322) This dilemma between the literal interpretation of the Qur'an or applying the *qiyas* more broadly is why gestational surrogacy is permitted in Iran, as it is accepted as the only one that leaves no scientific doubt as to how the child was procreated. Even if its gestation occurs inside a woman other than the mother (Muaygil, 2015, p. 115).

This difficulty in reconciling the Koranic precept with the need to offer a legal alternative to infertile married couples has led to the issue of surrogate motherhood being discussed on several occasions in medical and religious forums from an Islamic perspective. However, no conclusive solution has been reached mainly because of concerns about legally distinguishing kinship (Shabana, 2015, pp. 89-98). In general, there are three positions and an absolute denial. The first position states that the commissioning parents are the legal parents, and the surrogate mother has the character of milk mother. The second position states that the new being is the child of the surrogate mother and her husband. The third position is that the mother is the surrogate mother—the one who gives birth—and the father is the biological father. The denialists say that neither woman fulfils all the elements to be considered a mother (Shabana, 2015, pp. 107-108).

V. CONCLUSIONS

This essay explores the compatibility of surrogacy with the principles of Islam. The research shows that the only type of surrogacy possibly valid in Islam is gestational surrogacy because it is performed by a married couple who are infertile, whose gametes unite and form an embryo that is then implanted into a surrogate mother to carry the pregnancy to term without mixing genes nor blood.

This essay shows that the almost unanimous refusal of Muslim countries to accept surrogate motherhood is explained by the impossibility of denying the motherhood of the woman giving birth. For Islam there is a link between the concept of mother and the event of childbirth. Under the logic of Islam, recognising as a mother one who does not give birth or disowning one who does destabilise marriage and confuses lineages (Shabaik and Nelson, 2020, p. 1507). Ultimately, this paper shows that what is being protected is the preservation of the mother's role in the family.

REFERENCES

- Ahmed M. H. *The Legal Prohibition of Surrogacy for Muslims in Malaysia: A Critical Analysis.*, 6 (1) *UUMJLS*, 33 (2015).
- Al Yadainy F. A. *Agreement Surrogate Mother and the Effect on Children's Status Born.* 1(2) *Journal of Law and Legal Reform*, 311 (2020).
- Alam S. *Judicial Review of Islamic Law: Surrogacy Phenomenon in Southeast Asia Countries.* 317 *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 249 (2019).
- Aramesh K. *Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns.* 35 *J Med Ethics*, 320-322 (2009).
- Fadel H. E. *The Islamic Viewpoint on New Assisted Reproductive Technologies.* 30 *Fordham Urb LJ*, 147(2002).
- Muaygil R. A. *Reexamining the prohibition of gestational surrogacy in Sunni Islam.* (17) 2 *Developing World Bioethics*, 112 (2017).
- Shabaik S. and Nelson A. *In response to the article titled Thoughts on the Ethics of Gestational Surrogacy: Perspectives from Religions, Western Liberalism, and Comparisons with Adoption Issue Date: January 2020.* 37 *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1507 (2020).

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE EN LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Codes of ethics: an essential regulatory instrument in the legal professions

MARCO BENNY KOTEER RICO JIMÉNEZ¹

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA

RESUMEN

En este ensayo, en primer lugar, se analiza la relación que hay entre las normas morales, las profesiones jurídicas y los códigos de ética. En segundo lugar, se examina la noción de código de ética, así como las características de las normas morales contenidas en él. En tercer lugar, se exponen algunos argumentos en contra de su existencia. Por último, se ofrecen algunas réplicas a dichos argumentos; las cuales, servirán para enfatizar la importancia que tienen los códigos de ética en las profesiones jurídicas.

Palabras claves: Códigos de ética, profesiones jurídicas, normas morales.

ABSTRACT

In this essay, first, the relationship between moral rules, legal professions, and codes of ethics is analyzed. Second, the concept of a code of ethics is examined, as well as the characteristics of the moral rules contained within it. Third, some arguments against its existence are presented. Finally, some

¹ Licenciado en Derecho (con mención honorífica) por la Facultad de Derecho de la UNAM, Licenciado en Filosofía (con mención honorífica) por la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, Diplomado en Argumentación Jurídica por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM y Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, cursa el Doctorado en Derecho (con orientación en Filosofía del Derecho) en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y es profesor de las asignaturas Teoría del Derecho e Interpretación y Argumentación Jurídicas en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México.

counterarguments are offered, which will serve to emphasize the importance of codes of ethics in legal professions.

KEYWORDS: Codes of ethics, legal professions, morals rules.

INTRODUCCIÓN

Las profesiones jurídicas —la abogacía, la jurisdicción, la función ministerial, la enseñanza del derecho, etc.— tienen una importante función social en el seno de las sociedades contemporáneas. Ya sea que se tenga como encomienda la impartición de justicia, la defensa de los intereses de un cliente, la investigación criminal o la instrucción jurídica, los profesionistas que las llevan a cabo están obligados, para el buen funcionamiento de sus respectivas actividades, a respetar ciertas pautas de comportamiento.

Tales pautas pueden estar establecidas a partir de normas técnicas (que indican los medios necesarios para alcanzar ciertos fines deseados), normas jurídicas (incorporadas a los ordenamientos jurídicos), normas ideales (que postulan las características o rasgos indispensables de un buen profesional) o normas morales (que determinan la corrección, o incorrección, de la conducta de un profesionista). Sobre todas ellas, se puede decir y —se ha dicho— bastante; sin embargo, en este breve ensayo me detendré en el último tipo de normas, es decir, en aquellas que, al ser utilizadas para evaluar el funcionamiento de cualquier profesionista del derecho, se han catalogado como morales.

En primer lugar, ofreceré un análisis sobre la procedencia de las normas morales y su aplicación en el ámbito de las profesiones jurídicas. En segundo lugar, haré énfasis en las normas morales procedentes de la autorregulación deontológica; para ello, diré (previamente) en qué consisten los códigos de ética. En tercer lugar, haré un recuento de las principales críticas que se han vertido en contra de la existencia de estos instrumentos normativos. Por último, ofreceré una serie de réplicas, a dichas críticas, con la finalidad de fortalecer la idea que se tratará de defender a lo largo de este trabajo: aquella que postula la relevancia que poseen las normas morales incluidas en los códigos de ética.

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE

I. LAS NORMAS MORALES EN LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Las normas morales, entendidas como aquellas pautas de comportamiento que establecen la corrección (o incorrección) de una conducta conforme a ciertos valores o principios morales, tienen como principal objetivo guiar el comportamiento de los individuos; todo ello en aras de que puedan llevar a cabo una convivencia sana. Así, por ejemplo, es indispensable que los seres humanos, si quieren alcanzar dicho objetivo, respeten normas tales como las de “no robar”, “no hacer daño a otros”, “vivir honestamente”, etc.

Ahora bien, dichas normas morales pueden atender al bien común o al bien individual. Cuando atienden a este último, estamos ante un conjunto de normas que configuran lo que se ha denominado como ética privada; mientras que, cuando buscan el bien común, nos encontramos ante una serie de normas que articulan lo que se ha entendido como ética pública. En torno a estas ideas, Gregorio Peces-Barba ha establecido lo siguiente:

La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación o de realización plena de la condición humana desde una concepción del bien, de la virtud o de la felicidad (...) Por su parte, la ética pública es el conjunto de objetivos o de fines que se consideran debe realizar el poder político a través de su derecho y que tradicionalmente se ha conocido desde Aristóteles como Justicia, si se refieren al contenido del Derecho (...) Si la ética privada atiende al bien de los individuos, la ética pública se refiere al bien común. (Peces-Barba, 2000, p. 83)

Las normas morales sectorizadas en el ámbito de la ética privada suelen emanar, preponderantemente, de alguna doctrina moral; ya sea de corte religiosa —ética protestante, ética judía, etc.— o de corte laica —ética kantiana, ética utilitarista, ética estoica, etc.—. Independientemente de la doctrina moral de donde provengan dichas normas, lo cierto es que (mediante ellas) los sujetos buscan alcanzar un bien individual: felicidad, reino de los cielos, etc.

Por otro lado, las normas morales ubicadas en el terreno de la ética pública han emanado —a lo largo de la historia— de distintas corrientes ideológicas. Sin embargo, en la actualidad, dichas normas morales establecen una serie de valores (Libertad, Igualdad y Solidaridad); los cuales, en los Estados Constitucionales, encuentran su principal encarnación jurídica en los derechos fundamentales. El objetivo de estos es que, mediante su tutela y en la medida de lo posible, el mayor número de personas alcance, al máximo nivel, el libre desarrollo de su personalidad.

Ambos tipos de normas, tanto las ubicadas en el ámbito de la ética pública como aquellas que están sectorizadas en la ética privada, trastocan distintas esferas de la vida de los individuos. Desde su vida amorosa hasta sus relaciones laborales. Sin embargo, cuando se habla de este último aspecto, se establece que las normas morales deben tener un tratamiento especial. Esto se debe a que, dependiendo de la profesión, deben enfatizarse unas normas u otras. Así, por ejemplo, en el campo médico, se enfatizan las normas correspondientes al cuidado de la salud; mientras que, en el campo de los negocios, se pone el acento en todas aquellas concernientes al intercambio de bienes o servicios. En ese sentido, se da pauta para el establecimiento de diversas “éticas profesionales”; las cuales —pese a no ser, per se, antitéticas a las éticas pública y privada— están en consonancia con las distintas actividades que se ejecutan en las diferentes profesiones existentes.

En el ámbito del derecho, las distintas profesiones jurídicas —la abogacía, la jurisdicción, la enseñanza del derecho, etc.— están guiadas por un conjunto de normas morales provenientes, principalmente, de dos fuentes: de la sociedad en su conjunto o de los propios profesionistas. En el primer caso, dichas normas configuran lo que se ha denominado Ética Pública de la Modernidad; las cuales, como ya se observó, encuentran su encarnación jurídica en los derechos fundamentales establecidos en Constituciones, Leyes o Estatutos Orgánicos, etc. En cuanto al segundo caso, tales normas morales son articuladas por los mismos profesionales del derecho; quienes las plasman, principalmente, en ciertos documentos llamados códigos de ética.

El primer tipo de normas morales, aquellas que se encuentran incorporadas en diferentes instrumentos jurídicos, son resultado de lo que se ha denominado como

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE

“heterorregulación normativa” en el ámbito profesional: mediante leyes orgánicas, preceptos constitucionales, etc., se le dice al profesional del derecho cómo es que debe comportarse. Por otro lado, el segundo tipo de preceptos morales, aquellos que están contenidos (principalmente) en los códigos de ética, son consecuencia de la “autorregulación normativa” en el campo profesional: son los propios profesionales del derecho que establecen las pautas de comportamiento conforme a las cuales deben conducirse. A este último tipo de normas son a las que me referiré a continuación. Para ello, haré un breve análisis acerca de lo que son los instrumentos en los que ellas se manifiestan.

II. LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

Como ocurre con la mayoría de las categorías en las ciencias sociales, el concepto de “código de ética” posee múltiples definiciones. Una de ellas, que (para efectos del presente ensayo) me parece la más adecuada, versa como sigue: “Se suele denominar código deontológico [o de ética] a una guía de normas precisas para el profesional, que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de los principios morales que impone una determinada profesión”. (Aparisi, 2006, p. 164).

Dichas normas, como ya se observó, tienen como principal nota característica que son articuladas por los propios profesionistas, es decir, son acordadas y/o pactadas por los miembros pertenecientes al mismo campo profesional². Para lograrlo, es común que (en las diversas profesiones) se establezcan órganos colegiados —Comités, Colegios, etc.— que tengan como objetivo tanto la creación de esas normas (mediante un código de ética) como la supervisión del cumplimiento de las mismas: en caso incumplimiento, es común que establezcan una serie de sanciones al respecto. Así, por ejemplo, en el ámbito contable, son los propios contadores que (mediante la incorporación a un Colegio) establecen las

² Pese a que concuerdo con la idea de que deben ser los profesionistas pertenecientes a una misma profesión quienes se autoimpongan, mediante un código deontológico, las normas morales que los van a regir, considero que el asesoramiento de un filósofo moral es insoslayable. Para un mejor desarrollo de esta idea *vid.* Atienza, M. (2003). Ética judicial ¿por qué no un código deontológico para los jueces? *Jueces para la democracia*, núm 79, pp. 43-46.

reglas que regirán su comportamiento profesional; así como las sanciones que se pueden aplicar ante el desacato de dichas normas.

Algo similar ocurre con los profesionales del derecho: son los propios juristas quienes, mediante códigos de ética, establecen las normas morales que rigen el buen funcionamiento de la práctica jurídica, así como las sanciones ante su incumplimiento. Empero, algo que es propio de las profesiones jurídicas, y que no permite parangón con alguna otra, es que —a raíz de que el ejercicio del derecho se puede instanciar de diversas maneras— se han establecido una variedad de códigos deontológicos. En ese sentido, los colegios de abogados han establecido los códigos de ética que rigen la conducta de los abogados litigantes; mientras que, en el campo ministerial y jurisdiccional, son las propias organizaciones (al interior de ambas ramas) las que han establecido sus propios códigos de conducta. De ahí que se hable de códigos de ética para abogados, para fiscales, para jueces, etc.

Ahora bien, regresando a las características de las normas morales (contenidas en los códigos de ética), se puede argüir que otra que es común a todas las profesiones es que tales preceptos normativos pueden versar sobre cualquier tema relacionado con el ejercicio de la misma. Sin embargo, en última instancia, deben plasmar los deberes que el profesionista tiene con la sociedad; así como con los miembros de su propio gremio. *P. ej.*, el *Código de ética profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados* establece que “el abogado debe guardar respeto a los juzgadores, árbitros, mediadores, otros funcionarios y autoridades”. (*Código de ética profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*, 27/09/23, art.7)

Por último, otro rasgo inmanente a las normas morales, establecidas en los códigos de ética, es el buen funcionamiento de la profesión de que se trate. En ese orden de ideas, en el campo del derecho, lo que se busca es que los abogados, jueces, profesores de derecho, fiscales, etc. desempeñen, de buena forma, las tareas que les son propias. Esto se debe a que, si se deja de lado la ética, muchas cosas pueden salir mal. *Pej.*, no imagino a un juez desempeñar bien sus actividades si no tiene como principio rector a la imparcialidad. Por tal motivo, es insoslayable que, las normas morales establecidas en los códigos de ética, se vean materializadas por los profesionistas a las que van dirigidos. En el caso que hemos venido manejando, por

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE

los profesionistas en el derecho. De lo contrario, el desempeño de estos podrá ser, en el mejor de los casos, magro.

III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

Prima facie, se podría sostener que —para el buen funcionamiento de las profesiones jurídicas— son indispensables los códigos de ética. Empero, existen voces que piensan lo contrario. De entrada, están los que consideran que el ejercicio del derecho es eminentemente inmoral; por lo que, la existencia de los códigos de ética, no son otra cosa más que una manifestación del fenómeno psicológico del autoengaño. Así lo piensa, por ejemplo, el catedrático Minor E. Salas en la siguiente cita:

La mayoría de los códigos éticos, de cursos de deontología y de manuales para el jurista ideal son, en realidad, *racionalizaciones colectivas*. Ellas sirven (y en no pocas ocasiones) para engañarse a sí mismo o para engañar a los demás. Mediante esos códigos y cursos nos repetimos a nosotros mismos lo que queremos escuchar y le decimos también a la gente lo que esta quiere oír. Confundimos así los deseos con las razones y motivaciones verdaderas. (Salas, 2007, p.598)

Sin embargo, la opinión mayoritaria proviene de aquellos que —sin comprometerse con la idea de que la práctica del derecho es inminentemente inmoral— consideran que los códigos de ética poseen algunas fallas en particular. Ya sea que señalen aspectos relativos a su coercitividad, eficacia, etc., arguyen que no son instrumentos normativos efectivos. En las siguientes líneas, abordaré las objeciones que considero más importantes³.

En primer lugar, están los que consideran que los códigos de ética son ineficaces en la medida en que las normas morales que los componen no son vinculantes, *i.e.*, no son obligatorias. Al ser así, consideran que no hay un compromiso, por parte de los profesionistas, de actuar en consonancia con lo que

³ La mayoría de estas objeciones han sido expuestas por Gustavo Ortiz Millán. *Vid.* Ortiz, G. (2015). Limitaciones y funciones de los códigos de ética. *Dilemata*, año 7, núm. 17, pp.83-102.

establece el código de ética de su profesión: sin coerción, establecen, difícilmente se cumplen las normas que tratan de guiar la conducta de los individuos.

En segundo lugar, y en sintonía con la objeción anterior, están los que establecen que los códigos de ética —principalmente, los que están dirigidos a los litigantes— carecen de eficacia porque no son vinculantes para todo el gremio. Esto se debe a que, los colegios de abogados son la expresión de un corporativismo exacerbado: sólo pertenecen a ellos las personas que (mediante la colegiación) se adhieren. Al ser de este modo, las normas de un determinado colegio de abogados sólo serán vinculantes para los profesionistas que pertenezcan a él.

En tercer lugar, están los que consideran que los códigos de ética son la expresión de la petrificación normativa: desde su óptica, están articulados por normas que conforman sistemas rígidos e inflexibles, incapaces de abrirse a los constantes cambios que están surgiendo en el seno de las sociedades actuales; lo que implica, a la larga, la inoperancia de los mismos.

En cuarto lugar, están los que argumentan que los códigos de ética o bien contienen muchos agujeros o lagunas normativas o bien contienen un exceso de normas que dan pie al fenómeno de la sobrerregulación. De este modo, los profesionistas los dejan de tomar en consideración en sus decisiones morales; lo que se traduce en un instrumento inútil para guiar la conducta.

Por último, y no por ello menos importante, están los que consideran que los códigos de ética son instrumentos normativos ineficaces debido al desconocimiento que tienen los profesionistas sobre ellos.; pues, como asevera el filósofo Gustavo Ortiz Millán, “aunque la gente sabe de la existencia del código, pocos lo leen, con lo cual, la influencia del código sobre su conducta va a ser nula”. (Ortiz, 2015, p. 89)

IV. RÉPLICA A LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

Pese a lo atractivo que son estos argumentos en contra de los códigos de ética, considero que no son del todo sólidos. De lo contrario, las normas morales que tratan de regular los comportamientos de los profesionales del derecho serían, como

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE

lo establece Minor E. Salas, un fenómeno más del autoengaño. Incluso, la tesis que este último catedrático trata de sustentar, a favor de la inmoralidad de la práctica de la abogacía, tampoco parece sostenerse. Y digo esto porque, como en toda práctica humana, se requiere del respeto de ciertas reglas mínimas de comportamiento —de tipo moral— para la existencia de la propia actividad profesional⁴. No concibo, por ejemplo, la práctica de la abogacía si sus propios interlocutores (*p.ej.*, el cliente y el abogado) no presupusieran la existencia (y actuaran en consonancia) de ciertas normas morales; tales como las que prohíben la mentira, el homicidio, etc.

En cuanto a las objeciones particulares planteadas con anterioridad, se puede decir lo siguiente en torno a cada una de ellas. Sobre la primera, aquella que establece que las normas morales (contenidas en los códigos de ética) son ineficaces porque es imposible exigir su cumplimiento por medio de la fuerza, no debe pasarse por alto que existen algunos preceptos deontológicos que postulan sanciones disciplinarias; las cuales se han hecho valer por medio de la coerción. En ese sentido, la primera objeción no parece sostenerse.

Sobre la segunda objeción, aquella que establece que las normas existentes en los códigos de ética no son vinculantes para todos los profesionistas pertenecientes a un mismo gremio, se basa en la premisa de que los distintos códigos contienen normas completamente diferentes entre sí. Sin embargo, si se hace un análisis de esos códigos, se puede observar que las normas contenidas en ellos son muy similares; lo que implica que, si bien no es un mismo cuerpo normativo el que regula el comportamiento todos los profesionistas circunscritos a una misma práctica profesional, sí existen pautas que (en esencia) vinculan a todos ellos.

En cuanto a las tres objeciones restantes —aquellas que establecen que los códigos de ética son la expresión de la petrificación normativa; son un nicho de infra o sobrerregulación y son desconocidos por los mismos profesionistas—, se puede advertir que no son críticas propias de los códigos de ética, sino que son extensivas al derecho en general. En ese sentido, en analogía con lo que ocurre con

⁴ Incluso, el propio Minor Salas parece reconocer (de manera implícita) la existencia de estas normas cuando establece que, en la profesión de la abogacía, se debe optar por una *ética de las circunstancias*. *Vid.* Salas, M. (2007). ¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *Doxa*, núm. 30, p. 598.

los ordenamientos jurídicos, existe la posibilidad de hacerles frente mediante distintas estrategias. En el caso de la petrificación normativa y la infra o sobrerregulación, se puede optar, *p.ej.*, por la actualización constante de dichos códigos en aras de hacerlos vigentes, llenar sus lagunas, detectar sus antinomias, etc. Por otro lado, sobre la objeción concerniente al desconocimiento que poseen los profesionistas en torno a los códigos de ética, los integrantes del gremio pueden optar por cursos de capacitación, campañas de concientización, etc., que tengan como objetivo que el profesionista conozca los elementos indispensables de dichos códigos. Así, mediante este tipo de estrategias, se podrían abordar estos problemas que, de manera constante, se dan en los ordenamientos normativos de distinta índole.

Con base en estas réplicas, considero que bien se puede hacer una defensa de la existencia de los códigos de ética. Aunque no sólo ello; sino que, aunado a lo dicho con anterioridad, se puede hacer una defensa de lo indispensable que son estos en las distintas prácticas profesionales. Principalmente, en las que nos interesan para efectos de este trabajo, es decir, las jurídicas: la abogacía, la enseñanza del derecho, etc.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, considero que las normas morales son indispensables, como en cualquier práctica humana, en las diferentes profesiones existentes; no siendo la excepción las jurídicas. Por tal motivo, son necesarios aquellos instrumentos que encarnan los deberes morales de éstas últimas: me refiero a los códigos de ética. Si bien son sujetos a múltiples objeciones, considero que se pueden ofrecer respuestas satisfactorias a cada una de ellas; logrando fundamentar su existencia y su indispensabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aprisi, A. (2006). *Ética y deontología para juristas*. EUNSA.
- Atienza, M. (2003). *Ética judicial ¿por qué no un código deontológico para los jueces?* Jueces para la democracia, núm 79, pp. 43-46.
- Código de ética profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

CÓDIGOS DE ÉTICA: UN INSTRUMENTO NORMATIVO INDISPENSABLE

- Ortiz, G. (2015). Limitaciones y funciones de los códigos de ética. *Dilemata*, año 7, núm. 17, pp.83-102.
- Peces-Barba, G. (2000). Ética Pública y Ética Privada. En G. Peces-Barba, R. Asís et al (eds.) *Curso de teoría general del derecho* (pp. 61-94). Marcial Pons.
- Salas, M. (2007). ¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *Doxa*, núm. 30, pp. 581-600.