



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 30 – Julio 2019 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 1 *Desafíos éticos de los ciborgs*, por Rafael de Asís Roig.
- 26 *Feminicidio: un enfoque de aproximación con vocación transformadora*, por Ramsés Samael Montoya Camarena.
- 65 *Filosofía del derecho internacional, violencia y masculinidad hegemónica*, por Jose Antonio García Sáez.
- 88 *El terrorismo yihadista*, por Elisabetta Cutrale.
- 119 *Disordine internazionale e identità nazionale. Storia e favola*, por Massimo La Torre.

Participan en este número

Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

Ramsés Samael Montoya Camarena, Especialista en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Autónoma de Querétaro. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y la Universidad de Palermo (Italia). Profesor en el Instituto de la Judicatura Federal y Secretario del Tribunal Colegiado de Circuito en México (México).

Jose Antonio García Sáez, Profesor Ayudante Doctor de Filosofía del Derecho, Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia (España).

Elisabetta Cutrale, Licenciada en Derecho. Máster en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales por SIOI Roma (Sociedad Italiana para las Relaciones Internacionales). Tesis "El principio de no devolución y la legislación antiterrorista en Italia". Ha trabajado para Amnistía Internacional Madrid y CIR (Consejo Italiano de Ayuda a los Refugiados) (Italia).

Massimo La Torre, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Catanzaro (Italia).

Universitas

Director

Rafael de Asís Roig

Subdirección

Ángel Llamas
María Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís Roig | María del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga | Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O. Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L. Serra, L. Lloredo Alix, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:
universitas.revista@gmail.com

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

DESAFÍOS ÉTICOS DE LOS CIBORGS

ETHICAL CHALLENGES OF CYBORGS

Rafael de Asís*

RESUMEN: Este trabajo trata sobre los desafíos éticos de los ciborgs y se divide en dos partes. En la primera se exponen algunos de los desafíos éticos que presenta la fusión entre los seres humanos y las máquinas, prestando especial atención a la discusión entre terapia y mejora. En la segunda parte se defiende la idea de que la referencia de toda regulación de esta problemática debe ser la teoría de los derechos humanos.

ABSTRACT: *This paper addresses the ethical challenges of cyborgs and is divided into two parts. In the first, I present some of the ethical challenges presented by the fusion between humans and machines, with special attention to the discussion between therapy and enhancement. In the second part, I defend the idea that the reference of all regulation of this problem should be the theory of human rights.*

PALABRAS CLAVE: ciborgs, terapia, mejora, derechos humanos.

KEYWORDS: *cyborgs, therapy, enhancement, human rights.*

Fecha de recepción: 14/02/2019

Fecha de aceptación: 07/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4834>

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

E-mail: rarfid@inst.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN

Hace 20 años, Raymond Kurzweil publicaba *La era de las máquinas espirituales*¹, en cuya última parte realizaba una serie de predicciones sobre cómo sería nuestro futuro. Así, entre otras cosas señalaba que, entre 2020 y 2030, los seres humanos se relacionarán con las máquinas de forma similar a como lo hacen ahora con el resto de seres humanos. En esa época, los ordenadores formarán parte de nuestras ropas y nuestras casas. Igualmente señalaba que antes de 2050, el cerebro humano podrá estar conectado directamente a la red a través de implantes cerebrales, lo que proporcionará funciones extraordinarias como aumentos de memoria o de inteligencia².

Stephen Hawking, en una entrevista a la BBC en 2014, señaló "La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana"³. En febrero de 2017, Elon Musk⁴ aseguró en un evento en Dubái que o los humanos nos transformamos en organismos cibernéticos o nos convertiremos en simples mascotas de la inteligencia artificial. Yuval Noah Harari, conocido historiador israelí, en su libro publicado en 2017, *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, se ha referido a una nueva especie (*Homo Deus*), fruto de una nueva filosofía (el Dataísmo) como paso necesario a realizar por el Homo Sapiens, si no quiere desaparecer⁵. En julio de 2017, La Vanguardia publicaba un artículo, firmado por Cristina Sáez, titulado "La era de los ciborgs ya está aquí"⁶, en el que hacía referencia al documental "Ciborgs entre nosotros", dirigido por el periodista y realizador Rafel Durán. Eudald Carbonell, vicepresidente de Atapuerca, en una entrevista concedida a El Mundo, publicada el 7 de diciembre de 2018, afirmaba: "En el planeta a medio plazo habrá diversas especies: humana, transhumana, cyborgs...". El 16 de enero de 2019, en ABC Economía, aparecía la noticia: "Los métodos de pago se encaminan en Suecia hacia la «era ciborg»".

Para muchos, estas predicciones no dejan de ser ciencia ficción, pero, aunque así fuera, comparto la afirmación del escritor Neal Stephenson⁷, de que la ciencia ficción es útil para plantearnos escenarios y reflexionar sobre ellos.

¹ Trad. de M.A. Galmarinien, Planeta, 1999.

² Vid. también Kurzweil, R., *La singularidad está cerca. Cuando los humanos transcendamos la Biología*, Lola Books, Berlin 2012.

³ Disponible en

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ulntot_hawking_in_teligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn

⁴ Presidente de Tesla y co-fundador de PayPal.

⁵ Harari, Y.N., *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, Vintage Penguin Random House, London 2017, pp. 298 y ss.

⁶ <https://www.lavanguardia.com/ciencia/ciencia-cultura/20170703/423880164607/la-era-de-los-ciborgs-ya-esta-aqui.html>

⁷ <https://worldpolicy.org/2011/09/27/innovation-starvation/>

En este trabajo voy a referirme a algunos de los desafíos éticos que los ciborgs nos plantean y cuales deben ser los referentes desde los que debemos abordar esos desafíos éticos. Tengo que reconocer que buena parte de este escrito no van a ser otra cosa que dudas. Y estas dudas me aparecen desde el principio, esto es, desde el propio concepto de ciborg.

Este término surge de la fusión de cibernética y organismo. Al parecer fue utilizado por primera vez por Manfred E. Clynes (científico y músico austriaco) y Nathan S. Kline (científico estadounidense) para hacer referencia al ser humano mejorado. Así, normalmente se entiende por ciborg el ser humano con un dispositivo electrónico implantado permanentemente a su cuerpo.

Sin embargo, no todo el mundo utiliza ciborg en este sentido. Para algunos el dispositivo puede no ser electrónico. También hay quien se ha referido a ciborgs temporales (seres humanos con dispositivos implantados temporalmente o unidos a ellos temporalmente). Incluso, en el ámbito de la discapacidad (sobre el que volveré) el concepto ciborg se utiliza para referirse a la unión de la persona y su silla de ruedas o también, incluso, para dar cuenta de la asistencia personal y de los apoyos.

Últimamente el término se utiliza para hacer referencia a la suma de lo humano y la tecnología. Así, esta es la tesis de la antropóloga Amber Case (en su conferencia "Ahora todos somos ciborgs) o la que aparece reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 2014 en el caso *Riley vs California* (en donde se afirma que los móviles forman parte de la anatomía humana).

Seguramente este sea un concepto demasiado amplio. No obstante, aunque no puedo detenerme en este punto, esta manera de entender el concepto podría ser relevante a la hora de reconocer derechos...

En todo caso, lo anterior pone de manifiesto que no hay acuerdo en relación con el concepto de ciborg... Es algo parecido a lo que ocurre con el concepto de robot⁸, e incluso con el de ser humano⁹.

Por otro lado, conviene advertir que el fenómeno de los ciborgs no es un fenómeno nuevo. Ciertamente la historia de los ciborgs depende, de nuevo, del concepto que manejemos. Así, si

⁸ Me he referido a este problema en *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykinson, Madrid 2014, pp. 72 y ss.

⁹ Vid. sobre el concepto de ser humano y persona, De Lora, P. y Gascón, M., *Bioética*, Alianza Editorial, Madrid 2008, pp. 67 y ss. También, Martínez Morán, N., "La dignidad humana en las investigaciones biomédicas", en Marcos de Cano, A.M. (coord.), *Bioética y derechos humanos*, UNED, Madrid 2011, pp. 155 y ss; García-Llerena, V., "Sistemas jurídicos y tradiciones culturales como barreras para un bioderecho común: el caso de la mejora en la línea germinal humana", en *Análes de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 162 y ss.

relacionamos ciborg con dispositivo electrónico, su historia comienza con la aparición de la ciencia ficción (literatura) a finales del XIX pero propiamente en el XX. Pero si en cambio no relacionamos ciborg con dispositivo electrónico, podemos remontarnos al 1.550 a.C., y en concreto a las prótesis de los egipcios.

En cualquier caso, en la actualidad, el fenómeno se ha acrecentado y es más visible. Así, por ejemplo, es conocida la Fundación Ciborg, creada por Neil Harbisson (el ciborg que vive con una antena en la cabeza para "escuchar" los colores) y Moon Ribas (la mujer ciborg que detecta terremotos al llevar un sensor sísmico en los pies) con la que se pretende dar voz a las identidades no humanas, defender la libertad de auto-diseño, el desarrollo de nuevos sentidos y órganos, y el derecho a mezclar el cuerpo con la máquina.

Chris Dancy es conocido por contar con 11 sensores implantados en su cuerpo que le permiten monitorear sus signos vitales las 24 horas del día.

Kevin Warwick (científico, ingeniero y profesor), se insertó, en 2002, un dispositivo en uno de sus brazos que se conectaba a su sistema nervioso, que le permitía comunicarse con su cerebro y con internet. Warwick consiguió controlar así una silla de ruedas eléctrica y una mano artificial¹⁰.

En los últimos años hay empresas que han desarrollado microchips para instalarlos en sus trabajadores y clientes, que les permiten abrir puertas, hacer fotocopias, acceder a archivos de información... Es el caso de *Three Square Market* o de *Digiwell*. En 2018, Ford España ha introducido en su planta de Valencia exoesqueletos para mejorar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, reducir las lesiones y mejorar la ergonomía.

Podríamos citar también muchos ejemplos en el deporte, donde se discute y se plantean problemas de igualdad y salud, y en donde la biónica se está utilizando ampliamente. En este ámbito, en 2016 se celebraron las primeras Olimpiadas para ciborgs en Suiza, en los que participaron deportistas con implantes biónicos de 24 nacionalidades de todo el mundo.

No hay duda de que la actualidad de los ciborgs se ha acrecentado con el uso de las tecnologías emergentes: implantes neuronales, chips inteligentes, exoesqueletos, lentes de alcance telescópico, lentes inteligentes (capaces de grabar)...

Esta actualidad ha originado un debate sobre sus problemas y ventajas. Entre las ventajas aparece la lucha contra la enfermedad, la eficiencia, la mejora de las capacidades, el favorecimiento del ocio, etc... Entre los problemas se hace referencia a dilemas de índole ético, social, económico, medioambiental, jurídico...¹¹.

¹⁰ <http://www.kevinwarwick.com/i-cyborg/>

¹¹ Incluso han aparecido asociaciones contra ciborgs: <http://stopthecyborgs.org>

Y como no, esto ha llegado al campo de la reflexión filosófica en donde en relación con las nuevas tecnologías en general y su aplicación a los seres humanos, nos encontramos con dos posturas extremas: los bioconservadores y los transhumanistas¹².

El bioconservadurismo defiende la conservación de la naturaleza y de su evolución natural, la igualdad, y el rechazo de la modificación del futuro. Así, Bill McKibben, escritor y activista ambiental, critica los programas de mejora humana afirmando que tener más no significa por fuerza ser más feliz. Las mejoras en el futuro, según esta posición, pueden destruir el significado de nuestras vidas¹³.

Por su parte, el transhumanismo es una filosofía que pretende emplear la tecnología para mejorar la vida de las personas y para resolver los problemas sociales contemporáneos. Para este movimiento, el fin de la humanidad es inevitable si no se aprovecha el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Ese desarrollo sin límites permitirá crear máquinas singulares que puedan fusionarse con los seres humanos. Así, se defiende que las tecnologías de mejora humana deben ser ampliamente difundidas y las personas deben elegir cuál de estas tecnologías se aplican a sí mismos¹⁴. De alguna manera, la supervivencia de nuestro mundo depende de la mejora humana¹⁵

La reflexión ha llegado también al Derecho, aunque de manera lenta, centrándose principalmente en cuatro temas: la privacidad, el consentimiento, la seguridad y la responsabilidad. Este último es seguramente el tema más trabajado en el ámbito jurídico, a pesar de que lo que se nos demanda a la comunidad jurídica es seguridad más que protección¹⁶. Seguridad entendida no como seguridad personal o ciudadana, sino como seguridad jurídica, como saber a qué atenerse.

En cualquier caso, esos temas están presentes en la cuestión de los ciborgs. En el campo de la "responsabilidad Ciborg", el debate se singulariza porque se puede hablar de responsabilidad de la persona-ciborg (con un enfoque tradicional), de responsabilidad de la máquina-dispositivo (objetiva, por producto defectuoso)¹⁷ y

¹² Vid. Llano Alonso, F.H., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018. También, Quadra-Salcedo, T., "Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital", en AA.VV., *Sociedad Digital y Derecho*, BOE, Madrid 2018, pp. 20 y ss.

¹³ Vid. McKibben, B., *Enough: Staying Human in an Engineered Age*, Henry Holt, Times Books, New York 2003.

¹⁴ Vid. Bostrom, N., "In Defense of Posthuman Dignity", en *Bioethics*, vol. 19, n. 3, 2005, pp. 202 y ss,

¹⁵ Vid. Persson, I. y Savulescu, J., *Unfit for the future: the need for moral enhancement*, Oxford University Press, 2012.

¹⁶ Vid. Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid 2010, p. 12.

¹⁷ En España, artículos 135 a 149 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la

responsabilidad de quien implanta la máquina (subjetiva, similar a la que se origina en el ámbito médico)¹⁸. Se trata, en todo caso, de un asunto de importancia cada vez mayor¹⁹.

Pero además la cuestión ciborg suscita otras cuestiones singulares en el campo jurídico, como la del comercio de las prótesis y/o dispositivos o el de su reutilización. Se trata de una cuestión que posee proyecciones de indudable calado filosófico pero también jurídico. Una de ellas es, de nuevo, la del propio concepto de persona y su relación con el cuerpo; otra es la propiedad y el uso del cuerpo humano y de sus partes²⁰. Dejo para otro momento el tratamiento de esta interesante cuestión. Solo apuntaré que la reflexión sobre los ciborgs puede poner en duda el tratamiento actual de cuestiones relacionadas. Por ejemplo, la normativa vigente sobre donación de partes del cuerpo, que se aleja siempre de un posible uso comercial destacando su gratuidad²¹; o las legislaciones restrictivas sobre la reutilización de implantes²².

Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en consonancia con la normativa de la Unión Europea). También es importante el 131 (sistema de seguro y Fondo de Garantía). Pueden ser responsables (sin saber bien como se reparte la responsabilidad entre ellos): quien fabrica el producto en su totalidad; quien fabrica un elemento que se integra en el producto o fabrica una materia prima del producto siempre y cuando tengan que ver con el daño; los proveedores en determinadas circunstancias; el perjudicado si participa en la producción del daño por efecto del producto. Producto defectuoso: cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad, siempre y cuando: (i) no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación; (ii) no ofrezca la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

¹⁸ También resultan aplicables los arts. 147 y 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁹ El 30 de noviembre de 2018 aparecía un artículo en el periódico digital *eldiario.es* firmado por Esther Samper y titulado "Las claves del escándalo de los implantes" en el que se informaba de la gran proliferación de problemas en relación con implantes (en los últimos 10 años se han documentado hasta 25.000 alertas).

²⁰ Vid. al respecto García Manrique, R., "La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietaristas", en *Revista Bioética y Derecho*, 40, 2017, pp. 49 y ss.

²¹ Vid. por ejemplo los artículos primero y segundo de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; el artículo 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; el artículo 7 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; o el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. O también el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y

2.- DESAFÍOS ÉTICOS. ¿QUÉ HACER? ¿CÓMO ABORDARLO?

En todo caso, el fenómeno de los ciborgs plantea muchos desafíos éticos, y la necesidad de contestar a las preguntas ¿qué hacer? y ¿cómo abordarlo? En este punto hay dos planteamientos extremos irreales. Por un lado, el que defendería la prohibición de todo ciborg (que no es posible ya que implicaría rechazar un buen número de prácticas que hemos asumido desde hace mucho tiempo), y por otro el que defendería permitir todo ciborg (que es una postura que, en principio, puede parecer peligrosa).

¿Para qué y por qué queremos ciborgs? Una contestación habitual a estas preguntas consiste en aludir al beneficio para las personas, para uno mismo o para un tercero, o, incluso, al beneficio para la humanidad.

Como se habrá advertido, esta respuesta nos conecta con un problema conocido para la bioética: la contraposición entre terapia y mejora (entre medidas para superar enfermedades y medidas para mejorar a una persona) o entre medicina curativa y perfectiva²³.

La preocupación del ser humano por mejorar sus cualidades no es algo novedoso y puede decirse que ha acompañado a la historia de la humanidad²⁴. En la actualidad sabemos que existen empresas que ofrecen intervenciones sobre los hijos futuros²⁵, pero también con los ya nacidos o con uno mismo²⁶. Sin embargo, no tenemos claro el concepto de mejora y tampoco el de intervención terapéutica.

Como ha señalado Diego Gracia: “¿Dónde está el límite entre curación y mejora? Si, por ejemplo, alguien está bajo de humor y se le diagnostica de depresión, pueden dársele fármacos antidepresivos para elevarle el ánimo. ¿Hasta dónde o hasta cuándo? Se supone que hasta que alcance el nivel considerado normal. Pongamos que este nivel es 100. Si al que tiene un humor de 80 se le puede elevar a 100, ¿por qué no subir a 110 al que tiene 95, o al que está en 100 no

Biomedicina, de 1997, que en su artículo 21 señala: “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

²² Vid. el Reglamento 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 117, de 5 de mayo de 2017.

²³ En el campo de la investigación se diferencia entre investigación terapéutica y no terapéutica. Vid. al respecto Pelayo González de la Torre, A., *Bioética y experimentación con seres humanos*, Comares, Granada 2001. pp. 37 y ss.

²⁴ Vid. Bostrom, N., “Una historia del pensamiento transhumanista”, en *Argumentos de Razón Técnica*, n. 14, 2011, pp. 157 y ss.

²⁵ <https://www.fertility-docs.com/programs-and-services/pgd-screening/choose-your-babys-eye-color.php>

²⁶ Es significativo el caso de la empresa *Human Longevity Inc*, fundada por Craig Venter y Peter Diamandis (pioneros en los campos de la genómica y la terapia con células madre), compañía privada con sede en San Diego, que se presenta como dedicada directamente a la mejora humana.

puede elevarse a 120? Esto es cualquier cosa menos una pregunta retórica. Es bien sabido que ciertos ejecutivos, para rendir más en el trabajo, ser más empáticos y más simpáticos, toman Prozac. Otro ejemplo: ¿cuál es la estatura normal? A un bajito se le puede dar hormona de crecimiento para que crezca. ¿Por qué no dársela a uno normal para que pueda convertirse en un potencial jugador de baloncesto? Nadie ignora que hay todo un comercio clandestino de hormona del crecimiento. Y los ejemplos podían multiplicarse. Piénsese en la utilización de sustancias para aumentar el rendimiento deportivo, o la potencia sexual. ¿Qué es lo normal y qué lo anormal o patológico? ¿Qué es curar un defecto y qué mejorar una cualidad?”²⁷

Además, una misma técnica o medicamento puede ser entendido como terapia o como mejora. Por ejemplo, un medicamento para tratar la hiperactividad infantil (terapia) puede utilizarse también para el rendimiento en un examen (mejora)²⁸.

Se trata en todo caso de una distinción que posee importantes consecuencias ya que se utiliza para diferenciar lo que es o no es admisible. En este sentido, en noviembre de 2018, He Jiankiu, científico chino, era noticia en todo el mundo al afirmar que había modificado los genes de dos bebés. En concreto había modificado el gen CCR5, que el virus del sida utiliza como puerta para atacar el sistema inmunológico humano. La contestación de He Jiankiu a las críticas que inmediatamente se lanzaron por la realización de esa intervención no fue otra que la afirmación de que se trataba de una intervención terapéutica...

El informe “Human Enhancement Study” del Parlamento Europeo, de mayo de 2009²⁹ define la intervención de mejora como aquella “destinada a mejorar el rendimiento humano individual provocada por el uso de tecnologías de base científica en el cuerpo humano”. Sin embargo, se trata de una definición que no nos permite diferenciar entre intervención de mejora e intervención terapéutica, ni nos proporciona criterios para saber cuando son o no aceptables.

Dov Fox, profesor de la Universidad de San Diego, en un conocido trabajo, “The illiberality of liberal eugenics”³⁰, defiende la idea de que la utilización de la biotecnología para asegurar la resistencia a enfermedades o para un funcionamiento cognitivo

²⁷ Vid. Gracia, D., “Mejoramiento humano: ¿de qué estamos hablando?”, en AA.VV., *El mejoramiento humano. Avances, Investigaciones y reflexiones éticas y políticas*, Comares, Granada 2015, p. 21.

²⁸ Vid. al respecto Frankel, M.S. y Champman, A.R., *Human Inheritable Genetic Modifications. Assesing Scientific, Ethical, Religious, and Policy Issues*, American Association for the Advancement of Science, September 2000.

²⁹ Disponible en https://www.itas.kit.edu/downloads/etag_coua09a.pdf, consultado el 13 de junio de 2014.

³⁰ Fox, D., “The illiberality of Liberal Eugenics”, en *Ratio (new series)* XX 1, March 2007, pp. 1 y ss. En sentido parecido se expresa Savulescu, J., “New Breeds og Humans: The Moral Obligation to Enchance”, en *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine*, n. 1, 2005, pp. 36 y ss.

correcto en relación con nuestros hijos, se puede justificar desde los mismos argumentos que utilizamos cuando defendemos la atención sanitaria o la educación básica. En muchos casos, cuando buscamos lo mejor para nuestros hijos, lo hacemos interviniendo de manera drástica en lo que podemos denominar como factores ambientales (esfuerzos que ayudan a desarrollar capacidades de los niños y que tienen que ver con nutrición, formación, ejercicios físicos) pero sin embargo, cuestionamos intervenciones sobre otros factores (como por ejemplo los genéticos)³¹.

¿Por qué ocurre esto? ¿Son tan distintos estos factores? Como señala Lydia Feito: “Por qué es más importante cultivar con esfuerzo nuestras capacidades intelectuales y afectivas en lugar de mejorarlas desde su sustrato material. Por qué pensamos que podríamos perder nuestra humanidad, nuestra identidad, por modificar nuestra condición biológica. Y por qué un “yo mejorado” es una pérdida de identidad, teniendo en cuenta que somos realidades dinámicas en permanente cambio, influidos por factores de muy diversa índole”³².

Se trata de algo parecido a lo que ocurre con las prótesis y aparatos que utilizamos para mejorar o corregir situaciones o deficiencias. Así por ejemplo, celebramos casos como el de Nathan Copeland, quien en 2014, con 28 años, diez años después de haberse lesionado la médula en un accidente perdiendo el sentido del tacto, volvió a sentir gracias a un brazo robótico directamente conectado a su cerebro³³. O también el de Les Baugh, quien perdió sus dos brazos en un accidente en la década de 1970, y ahora tiene dos brazos protésicos controlados por la mente³⁴. Hugh Herr, profesor de biofísica, que vive con dos piernas biónicas, es conocido por sus logros en ingeniería biomecánica y por ser el creador de BionX que se presenta como una empresa centrada en la mejora de la imperfección humana (en cierta manera se trata de un objetivo similar a Neuralink de Elon Musk). Pues bien, Hugh Herr fue premio Princesa de Asturias de Investigación Científica y Técnica en 2016...

Dos conocidos filósofos como J. Harris, director del Instituto de Ciencia, Ética e Innovación de la Universidad de Manchester, y M. Sandel, de la Universidad de Harvard, consideran que sortear la

³¹ Vid. al respecto Vid. Buchanan, A., Brock, D.W., Daniels, N., y Wikler, D., *Genética y Justicia*, trad. de C. Piña, Cambridge University Press, Madrid 2002, pp. 150 y ss.

³² Vid. Feito, L., “Neurofármacos y mejora humana”, en AA.VV., *El mejoramiento humano. Avances, Investigaciones y reflexiones éticas y políticas*, cit., pp. 94 y ss.

³³ Vid. Flesher; S.N., Collinger, J.L., Foldes, S.T., Weiss, J.M., Downey, J.E., Tyler-Kabara, E.C., Bensmaia, S.J., Schwartz, A.B., Boninger, M.L., Gaunt, R.A., “Intracortical microstimulation of human somatosensory cortex”, en *Science Translational Medicine, Vol. 8, Issue 361*, 2016, pp. 361 y ss.

³⁴ Vid. Chi, A., Smith, S., Womack, I. Armiger, R., “The Evolution of Man and Machine—a Review of Current Surgical Techniques and Cutting Technologies After Upper Extremity Amputation”, en *Current Trauma Reports, Volume 4, Issue 4*, December 2018, pp. 339 y ss.

adversidad o negociar con lo recibido son constantes humanas, sin embargo, a partir de ahí, uno defiende la introducción sin límite de mejoras y el otro, por el contrario, las rechaza³⁵.

Carlos Lema, en quien me voy a apoyar a la hora de analizar el concepto de mejora, en su trabajo "Intervenciones biomédicas de mejora, mejoras objetivas y mejoras discriminatorias: ¿De la Eugenia al darwinismo social?"³⁶, ha propuesto acotar el debate en términos razonables pensando en cuando la intervención nos plantea dudas y por qué nos plantea dudas.

En este punto solemos utilizar estándares de normalidad... Así, el límite de la mejora algunos lo ponen en ir mas allá de lo normal, en alcanzar atributos o capacidades fuera de lo normal. Pero este es precisamente, como señala el propio Lema, uno de los problemas del concepto de mejora: partir de un concepto de lo normal que es confuso, y que no está claro que, de existir, posea valor moral.

Aún así, es posible diferenciar, con George Khushf (Director del Centro de Bioética de la Universidad de Carolina del Sur), entre mejoras incrementales (modestas, medibles y evaluables) y mejoras radicales (permanentes, irreversibles y no evaluables). Ejemplos de las primeras serían la cirugía estética o los fármacos para la mejora cognitiva, y ejemplos de las segundas una técnica para lograr una visión especial o para establecer nuevas formas de comunicación³⁷.

Veamos dos ejemplos diferentes y tres posibles situaciones en cada uno de ellos.

El primer ejemplo tiene que ver con la implantación de una especie de exoesqueleto a una persona que posee una lesión en la espalda. Pues bien, supongamos que: (i) se implanta un exoesqueleto a una persona que la permite trabajar en una fábrica en las mismas condiciones que cualquier otra; (ii) se implanta un exoesqueleto a una persona que la permite trabajar en una fábrica pero en trabajos especiales que requieren condiciones físicas también especiales sólo al alcance de unos pocos; (iii) se implanta un exoesqueleto a una persona que la permite trabajar en una fábrica pero en trabajos que requieren condiciones físicas nunca conseguidas por los seres humanos.

El segundo ejemplo tiene que ver con la implantación de un chip en el oído que permite la comprensión de un idioma. Pues bien, supongamos que: (i) se implanta a una persona un chip que permite la comprensión del inglés; (ii) se implanta a una persona un chip que permite la comprensión del inglés, el francés y el español; (iii) se

³⁵ Vid. Harris, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, Princeton 2007, p. 9; Sandel, M., *Contra la perfección*, Marbot, Barcelona 2007, p. 127.

³⁶ En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015, pp. 367 y ss.

³⁷ Khushf, G., "Stage Two Enhancements", en F. Jotterand (ed.), *Emerging Conceptual, Ethical and Policy Issues in Bionanotechnology*, Springer, 2008, pp. 203 y ss.

implanta a una persona un chip que permite la comprensión de 1.000 lenguas.

El primer caso del primer ejemplo puede ser entendido como una intervención terapéutica, mientras que el resto serían intervenciones de mejora. Por su parte, terceras intervenciones podrían ser de mejora radical y el resto de mejora incremental, siguiendo la terminología de Khushf. El primero de los casos, además, introduce una variable que trataré más adelante: la discapacidad.

Pero en todo caso, desde un punto de vista ético, podríamos afirmar que sólo los casos de mejora radical nos producen complicaciones. La intervención terapéutica y las de mejora incremental se pueden asemejar a otras intervenciones que aceptamos sin problema. En cambio, las de mejora radical nos llevan a escenarios desconocidos respecto a los cuales no tenemos referentes ni criterios éticos.

Ahora bien, como señala Carlos Lema, en estos casos para los que no tenemos referentes morales inmediatos, además de la introducción de cambios inéditos en la naturaleza, nos preocupa también tener el poder de decisión de llevar a cabo este tipo de intervenciones³⁸.

Ha señalado M. Sandel que el principal peligro del perfeccionamiento y la ingeniería genética radica “en que son el reflejo de una ampliación desmesurada del campo de la acción humana, de una aspiración prometeica a rehacer la naturaleza, incluida la naturaleza humana, para servir a nuestros propósitos y satisfacer nuestros deseos”³⁹.

Es común en este punto hacer referencia al argumento de la pendiente resbaladiza o del plano inclinado. En virtud de este argumento, no se deberían realizar ciertas actuaciones porque aunque produzcan en un primer término buenas consecuencias, son a la vez causa de otras que determinarán a su vez otras que finalmente nos conducirán a malas consecuencias. Así, si queremos evitar ese desenlace no debemos realizar el primer paso⁴⁰.

Ciertamente, para superar la preocupación de la que nos habla Lema, esa inclinación humana a la que se refiere Sandel, o el propio argumento de la pendiente resbaladiza, nos ayudará el comprobar que existen mejoras objetivas, esto es, mejoras buenas para todos. Así por ejemplo, Peter Singer distingue entre mejoras absolutas u

³⁸ Lema, C., “Intervenciones biomédicas de mejora, mejoras objetivas y mejoras discriminatorias: ¿De la Eugenia al darwinismo social?”, cit., p. 374.

³⁹ Sandel, M., *Contra la perfección*, cit., p. 39.

⁴⁰ En un sentido crítico con este argumento vid. De Miguel Beriain, I. y Armaza Armaza, E., “Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISOR-Cas9 a debate”, en *Análes de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 193 y ss. También Junquera de Estéfani, R., “El Bioderecho”, en Marcos del Cano, A.M. (coord.), *Bioética y derechos humanos*, cit., pp. 139 y ss.

objetivas y mejoras relativas, señalando como ejemplo de las primeras el aumento de la longevidad⁴¹.

En sentido parecido se expresa Savulescu refiriéndose a la mejor vida, entendiendo por tal aquella en la que se puede disfrutar de mayor bienestar, y en relación con la cual formula el "Principio de beneficencia procreativa" según el cual las parejas deben seleccionar entre los hijos posibles aquel que se espera vaya a tener una vida mejor. No hacerlo sería algo inmoral⁴².

Ahora bien, es posible cuestionar ese carácter absoluto de la longevidad⁴³ o el de mejor vida, y pensar, por el contrario que el concepto de mejora es relativo y puede cambiar según contextos o culturas.

En este punto podemos referirnos al exjugador de baloncesto de la NBA Yao Ming, de 2,29 metros de altura⁴⁴. Claramente su altura suponía una ventaja para la práctica del baloncesto y seguramente para ganar una importante cantidad de dinero con su práctica. Una persona podría buscar alcanzar esa altura para conseguir esas ventajas. Pero está claro que se trata de una cuestión contextual. Esta altura puede ser buena para algunas cosas pero no para otras, como lo demuestra el llamado "Club de los altos y altas en Chile" (institución creada por personas altas para compartir sus problemas)⁴⁵

Ahora bien, incluso aceptando que existan mejoras objetivas, Carlos Lema plantea la posibilidad de que pueden ser discriminatorias y carecer de justificación.

Nicholas Agar, autor australiano que se describe como a medio camino entre bioconservadores y transhumanistas, plantea el

⁴¹ Vid. Singer, P., "De compras por el supermercado genético", trad. de J. Seoane, *Isegoria* n. 27, 2002, p. 36. Otra defensa de la existencia de mejoras objetivas puede verse en Fox, D., "The illiberality of Liberal Eugenics", cit., pp. 1 y ss.

⁴² Vid. Savulescu, J., "Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children", en *Bioethics* 15, 2002, pp. 413 y ss.

⁴³ Así por ejemplo B. Williams, considera que la vida solo tiene sentido como existencia finita. Vid. Williams, B., "The Makropulos Case: Reflections on the Tedium of Immortality", en *Problems of The Self*, Cambridge University Press, Cambridge 1973, p. 89.

⁴⁴ Carlos Lema pone como ejemplo en este punto a Sharon Duchesneau y Candace McCullough, quienes en 2002, hicieron pública su decisión de tener un hijo mediante inseminación artificial. La particularidad de su caso es que ambas eran sordas y habían decidido que sus hijos también lo fueran. Como es sabido, los miembros de la denominada como Comunidad Sorda, se consideran como una minoría cultural que comparte los rasgos típicos de cualquier otro grupo cultural, siendo el principal el de la lengua de signos. Desde la Comunidad Sorda, la persona sorda se define como aquella que usa la lengua de signos.

⁴⁵ No es extraño así que haya quien defienda que estos problemas deben ser resueltos desde criterios culturales y contextuales. Por ejemplo, se afirma (Coenen, Schuijff y Smits, "The Politics of Human Enhancement and the European Union", en Savulescu, J., Meulen, R. y Kahane, G. (eds.), *Enhancing Human Capacities*, Wiley-Blackwell, Oxford 2011) que, en el contexto de la Unión Europea, las tecnologías de mejora humana tienen que ser evaluadas desde los valores y creencias europeos.

supuesto de una situación en la que los padres tienen la posibilidad de alterar, mediante tecnologías de modificación genética, el color de la piel de sus hijos. Es posible así tanto oscurecer el color de la piel, como medida de protección del sol ante la disminución de la capa de ozono, como aclararla, para evitar la discriminación en una sociedad racista. Agar defiende la primera de las opciones pero, sin embargo, señala que no debería permitirse la segunda. Y lo justifica apelando a la idea de discriminación y al rechazo de la idea de que el valor moral de una persona pueda depender del color de su piel⁴⁶.

Como señala Carlos Lema, "en una sociedad racista, el poseer unos determinados rasgos fenotípicos asociados a una raza puede ser causa de sufrimiento, de rechazo social y de reducción de las oportunidades disponibles. Igualmente, desde esta idea de construcción social de los valores, en una sociedad sexista, por ejemplo, podría llegar a considerarse una mejora el seleccionar varones en lugar de mujeres"⁴⁷.

Volviendo a los ciborgs, imaginemos que, la pérdida de una pierna nos hace ir en una silla de ruedas y enfrentarnos a muchas barreras, pero nos encontramos con la posibilidad de colocarnos una prótesis teniendo dos opciones. Una de ellas consiste en colocar una prótesis que realiza todas las funciones de la pierna que nos falta pero no tiene aspecto de pierna; la otra es colocar una prótesis menos funcional pero que es idéntica a una pierna. Alguien podría pensar que no hay duda en la elección: hay que optar por la primera por su funcionalidad. Sin embargo, algunos tendrían dudas porque considerarían que esa prótesis extraña, trasladaría esa calificación a la persona que la lleva, por lo que sería mejor optar por la segunda. Optar por esta solución apelando a esta razón implica ser condescendiente con la situación de discriminación en la que se encuentran muchas personas con discapacidad.

En el caso de los ciborgs, puede pensarse que en estos supuestos está presente la ventaja de ser una intervención sobre uno mismo; es la propia persona la que decide sobre su cuerpo y sería una suerte de ejercicio de la autonomía individual⁴⁸.

Sin embargo esto no disminuye la complejidad del asunto, ni la posibilidad de discriminación.

Y es que, como es sabido, uno de los grandes problemas éticos de estas tecnologías tiene que ver con la garantía de una igualdad de oportunidades para su disfrute y, por ende, con la posibilidad de

⁴⁶ Agar, N., *Liberal Eugenics. In Defense of Human Enhancement*, Blackwell, Oxford 2004, p. 155.

⁴⁷ Lema, C., "Intervenciones biomédicas de mejora, mejoras objetivas y mejoras discriminatorias: ¿De la Eugenia al darwinismo social?", cit., p. 388.

⁴⁸ Vid. esta argumentación en relación con el uso de fármacos en Caplan, A., "Is Better Best? A Noted Ethicist Argues in Favor of Brain Enhancement", en *Scientific American* 289, 2003, pp. 104.

aumentar la brecha entre ricos y pobres (ya sean personas o países)⁴⁹.

No cabe duda de que si en el ejemplo que puse anteriormente relativo al chip de idioma, añadiera la información de que es más fácil encontrar trabajo si comprendes más lenguas, y además, incorporara datos sobre el coste de cada uno de los chips, la discusión se haría incluso más compleja.

En este sentido, la filósofa estadounidense Martha Nussbaum, comienza su trabajo "Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia", con el siguiente supuesto tomado del libro de Buchanan, Brock, Daniels y Wikler, *Genética y Justicia*: "Katherine y Bill concurren al mismo puesto directivo en una gran empresa. La solicitud de Katherine incluye un certificado de mejoramiento genético de Opti-Gene, el cual establece que su titular ha adquirido un conjunto de servicios genéticos destinados a aumentar la memoria y potenciar el sistema inmunológico. Bill, que no se puede permitir un mejoramiento genético, objeta que un contrato basado en la mejora genética supone una violación de la igualdad de oportunidades: el trabajo debería adjudicarse en función del mérito. Katherine replica que adjudicar el trabajo en función del mérito significa que el puesto corresponde al mejor candidato, y ella es la mejor candidata, de manera que ¿dónde está el problema?"⁵⁰.

Como señala M. Nussbaum, la disputa entre Katherine y Bill "no dista mucho de los problemas relativos a la igualdad de oportunidades que durante largo tiempo hemos estado debatiendo". Así, algunos podrán decir que Katherine se ha visto favorecida al pertenecer a una familia de clase media, teniendo acceso por ello a servicios de salud y educación, o por heredar de los genes de sus padres buenas cualidades; pero otros negarán que esto debe ser tenido en cuenta... Sin embargo, y de nuevo en palabra de Nussbaum, la "controversia entre Katherine y Bill también plantea algunas cuestiones que no se pueden abordar a partir de las teorías éticas actuales. Todas las teorías éticas actuales establecen algún tipo de distinción entre el reino de la naturaleza o del azar y el reino de la justicia. Aunque no queda claro dónde está la línea divisoria en cada caso particular, parece como si nuestro sentido global de la vida dependiera de la existencia de dicha distinción. Algunas cosas que nos van mal son sólo tragedias, se encuentran más allá del control humano; otras se podrían haber evitado o controlado con una mejor planificación social y, de este modo, son propias del reino de la

⁴⁹ No voy a referirme aquí a otro gran problema relacionado con la discriminación y las nuevas tecnologías, que se proyecta en los ciborgs, y que tiene que ver con sesgos y discriminaciones de los algoritmos. Vid. O'Neil, C., *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitan Swing, Madrid 2017, pp. 131 y ss.

⁵⁰ Nussbaum, M., "Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia", trad. de R. Orsi, *Isegoria*, n. 27, 2002, p. 6.

justicia social. La naturaleza no parece que vaya a desaparecer por ahora y, en cualquier caso, a todos nos aguarda un triste final. Pero lo que la historia de Katherine y Bill nos revela es que vivimos en un tiempo caracterizado por «la colonización de lo natural por lo justo». Muchas cosas que siempre se han visto como accidentes inmutables ahora parece que las podemos cambiar, y que tenemos incluso la obligación de cambiarlas”⁵¹.

En el caso de los ciborgs, el que la intervención sea sobre uno mismo, y fruto de la libre elección de la persona, no tiene nada que ver con el hecho de que la misma pueda producir una ventaja social.

Esta situación fue bien descrita por Lee Silver, profesor de biología molecular en Princeton, en su obra publicada en 1998, *Vuelta al Edén*⁵². En ella, Silver presenta una situación futura caracterizada por la aparición de la reprogenética (unión de la medicina reproductiva y la genética), a través de la cual es posible diseñar las características biológicas de los descendientes. Silver señala que, a lo largo del tiempo, la sociedad que describe estará dividida entre “naturales” y “genricos”... Pues bien, en un mundo como el que describe Silver, parece fácil predecir a qué grupo pertenecerán las personas en situación de vulnerabilidad y cómo será la satisfacción de sus derechos...

Obviamente, la objeción de la discriminación, sirve para todos aquellos que defiendan una teoría de la justicia igualitaria, pero no es relevante para aquellos que no lo hagan⁵³. Por otro lado, se ha argumentado que en una sociedad con personas mejoradas existirían más oportunidades de redistribuir fruto de la actuación de éstas, y menos personas a las que atender⁵⁴.

En todo caso, y más allá de la cuestión de la discriminación, puede haber intervenciones que pongan en peligro el desarrollo moral de la personalidad. Para muchos, este desarrollo implica la realización

⁵¹ Nussbaum, M., “Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, cit., pp. 6 y 7.

⁵² Silvers, L., *Vuelta al edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid 1998.

⁵³ Por ejemplo, J. Savulescu defiende prácticas genéticas de mejora con independencia de que a través de ellas se incremente la desigualdad social. Vid. Savulescu, J., *¿Decisiones peligrosas?: Una bioética desafiante*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 45. En general, sobre la cuestión de la identidad en la sociedad digital vid. Piñar, J.L., “Identidad y persona en la era digital”, en AA.VV., *Sociedad Digital y Derecho*, BOE, Madrid 2018, pp. 95 y ss. También y en lo referente a los ciborgs, Pérez-Luño, A.E., “Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista”, en AA.VV., *Sociedad Digital y Derecho*, cit., p. 151.

⁵⁴ Vid. Harris, J., *Enchancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, cit., p. 120. Desde planteamientos feministas S. Firestone ha defendido la reproducción artificial como medio de liberalización de la mujer. Vid. Firestone, S., *La dialéctica feminista: en defensa de la revolución feminista*, Kairós, Barcelona 1974. Sobre el tema vid. Puigpelat, F., “Feminismo y técnicas de reproducción asistida”, en Marcos del Cano, A.M. (coord.), *Bioética y derechos humanos*, UNED, Madrid 2011, pp. 105 y ss.

de esfuerzos y sacrificios que pueden desaparecer con las tecnologías de mejora. Con estas tecnologías puede reducirse sensiblemente nuestro sentido de autonomía y responsabilidad⁵⁵ y por tanto nuestra propia agencia moral⁵⁶.

En un trabajo sobre la necesidad de una reflexión ética en relación con el uso de las nuevas tecnologías, un grupo de científicos encabezado por Rafael Yuste, se han referido a como las neurotecnologías pueden llegar a alterar claramente el sentido de la identidad y agencia de las personas, y sacudir las suposiciones básicas sobre la naturaleza del yo⁵⁷.

En este sentido, J. Habermas, desde la idea de dignidad humana, entendida como aquello con los que nos reconocemos como seres de una misma especie, ha defendido que toda intervención que altere aquello que permite ese reconocimiento, no estaría justificada⁵⁸.

Ciertamente resulta difícil establecer cuales son los rasgos que nos identifican y singularizan, y defender que se mantienen de manera constante a lo largo de la historia de la humanidad. Así, algunos autores defienden que las personas a lo largo de su vida sufren cambios radicales, esto es, se ven afectadas por mejoras radicales naturales que no afectan a su identidad personal ni se cuestionan en términos de especie. Y si esto es así, ¿por qué lo van a hacer las mejoras radicales artificiales?⁵⁹.

Como puede observarse, volvemos al principio, esto es, a la evaluación que toma como referente la idea de normalidad... Hace unos años se publicó un estudio que establecía como límite natural de la vida de un ser humano en 115 años (aún así, se aludía a casos excepcionales en los que se había llegado a los 122 años). Imaginemos que fuera posible ampliar la vida humana de una persona. Pues bien, lo que se vendría a defender desde las posiciones que acabamos de ver es que toda intervención que buscara alcanzar los 115 años no tendría que plantear problemas más allá de los

⁵⁵ Vid. Ach, J.S., "Improving human performance?", en J. S. Ach, J.S. y Lüttenberg, B. (eds.), *Nano- biotechnology, nanomedicine and human enhancement*, Berlín 2008.

⁵⁶ Como vemos, aquí también está presente la eterna cuestión del paternalismo y su justificación. Al respecto vid. Ramiro, M.A., "A vueltas con el paternalismo", *Derechos y Libertades*, n. 15, 2006, pp. 221 y ss.: Campoy, I., *La fundamentación de los derechos de los niños*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 984 y ss.

⁵⁷ Vid. Yuste, R., y otros, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI" en *Nature*, Nov 8, pp. 159 y ss.

⁵⁸ Vid. Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona 2010, p. 50.

⁵⁹ Bostrom, N. y Ord, T., "The Reversal Test: Eliminating Status Quo Bias in Applied Ethics", en *Ethics* 116, 2006, pp. 656 y ss.

derivados del aumento de la población⁶⁰. La mejora de la población dentro de los límites naturales salvaría los problemas planteados por autores como J. Habermas y no sería una mejora radical en los términos de N. Agar⁶¹. Sin embargo, en este ejemplo vuelven a aparecer los problemas apuntados de la relatividad de la mejora, de la discriminación o de la afectación a terceros.

Como acabamos de ver, existen muchas cuestiones éticas abiertas. Y es claro que no son las únicas⁶² y que no solo nos plantean “desventajas” éticas sino también “oportunidades”. Se trata de cuestiones difíciles de resolver pero no por ello irresolubles. Es posible, y necesario, establecer líneas claras que nos permitan establecer incentivos y límites. Dejar este problema en manos del libre juego del mercado o del deseo humano no parece ser la mejor opción.

Resulta necesario llevar a cabo una reflexión interdisciplinar que nos permita alcanzar acuerdos sobre cómo regular estas prácticas. Pero todo ello debe hacerse desde unos referentes, desde un marco. Y en este punto, si nos preguntamos cual es el marco general que en los últimos siglos ha construido la humanidad para hacer frente a los problemas que nos acompañan, la respuesta es clara: los derechos humanos.

3.- LOS DERECHOS HUMANOS

Hace cuatro años publicaba *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, defendiendo precisamente esa idea al referirme al impacto de las tecnologías emergentes⁶³. La humanidad ha tenido siempre que reaccionar ante los cambios tecnológicos. Y esto ha sido mucho más urgente en momentos de cambios revolucionarios. Pero siempre hemos alcanzado un nuevo equilibrio. Ahora bien, hoy estamos mejor posicionados que nuestros antepasados.

Hace más de 70 años, en diciembre de 1948, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Bobbio, el conocido filósofo italiano, dijo hace tiempo que la Declaración debía ser el referente de la regulación internacional y que su aprobación se manifestaba la existencia de un consenso internacional sobre su

⁶⁰ Vid. este ejemplo en Parra Sáez, J., “La mejora humana. Más allá de la radicalidad”, *Actas II Congreso de la Red Española de Filosofía*, vol. II, 2017, pp. 57 y ss.

⁶¹ Agar, Nicholas, *Truly human enhancement: A philosophical defense of limits*, MIT Press, 2014, Prefacio, xi.

⁶² En *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos* he señalado además otros problemas como el impacto sobre nuestra identidad en términos de dependencia o de aislamiento social, el impacto sobre la diversidad cultural y biológica, el impacto sobre el medio ambiente, sobre la idea de cooperación, sobre la solidaridad...

⁶³ Cit., pp. 54 y ss.

significado y alcance⁶⁴. Ciertamente, la historia nos ha demostrado la debilidad de ese consenso y la importancia de seguir justificando la virtualidad de los derechos y su capacidad para responder a los viejos y nuevos problemas de la humanidad.

La idea de que los derechos humanos deben ser el referente desde el que enfrentarse a los desafíos de las nuevas tecnologías está calando⁶⁵. Así, el Instituto de Ingeniería Eléctrica y Electrónica (IEEE), asociación mundial de ingenieros, por ejemplo lleva tiempo discutiendo sobre beneficios y problemas de las nuevas tecnologías tomando como referencia los derechos humanos. En el campo de la bioética y en el de las tecnologías de la información y comunicación se ha defendido esta idea⁶⁶.

En 2017, en un artículo publicado en *Nature*, un grupo de científicos abogaba por la creación de una convención internacional para definir acciones prohibidas relacionadas con la neurotecnología tomando como referencia los derechos⁶⁷. Y algo parecido está ocurriendo en el campo de la Inteligencia Artificial.

Así, en 2017, el Instituto Rathenau, comisionado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), emitió el informe "Derechos Humanos en la era robótica", en la que, entre otras cosas recomendaba la creación de una Convención para la defensa de los derechos humanos en la era de la robótica.

Y es que una sola aplicación de Inteligencia Artificial puede impactar una gran cantidad de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con impactos positivos y negativos simultáneos en el mismo derecho para diferentes personas⁶⁸.

Un estudio publicado por el Berkman Klein Center de la Universidad de Harvard en septiembre de 2018, sobre inteligencia artificial y derechos humanos ha destacado este carácter complejo examinando su proyección es aspectos muy diferentes como pueden ser los procesos de préstamo, la salud, la contratación, la

⁶⁴ Vid. Bobbio, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991, p. 61.

⁶⁵ En el campo de la bioética esto es así desde hace tiempo. Vid. Morente Parra, V., *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, Comares, Granada 2014; Marín Castán, M.L., "En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 31, 2014, pp. 17-37.

⁶⁶ Vid. por ejemplo en España, en el campo de la bioética Marcos del Cano, A.M., "La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos", en Marcos del Cano, A.M., *Bioética y derechos humanos*, cit., p. 43; y en el campo de las tecnologías de la información y la comunicación, Garriga, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 57 y ss.

⁶⁷ Vid. Yuste, R., y otros, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", cit., pp. 159 y ss.

⁶⁸ Sobre las ventajas y los riesgos de la inteligencia artificial desde el punto de vista de los derechos, vid. Martínez, R., "Inteligencia artificial, Derecho y derechos fundamentales", en AA.VV., *Sociedad Digital y Derecho*, BOE, Madrid 2018, pp. 259 y ss.

información...⁶⁹. Pero además, lo que este estudio pone de manifiesto es que desde el campo de la inteligencia artificial se está trabajando para evitar los problemas que su uso pueden producir en el ámbito de los derechos humanos.

En el informe de 2018 del *Ethics Advisory Group* del Supervisor Europeo de Protección de Datos, titulado "Towards a digital ethics", se afirma como una de las grandes conclusiones que "la vida digital tendrá que ser compatible con la naturaleza inviolable de la dignidad humana"⁷⁰.

En mayo de 2018, después de discusiones y entrevistas con docenas de expertos en inteligencia artificial, en relaciones entre empresas y derechos humanos, y en otros temas variados, se aprobó la "Declaración de Toronto" (firmada por Amnistía Internacional, Access Now, el Observatorio de Derechos Humanos y la Fundación Wikipedia, entre otros)⁷¹.

La Declaración tiene tres secciones principales. En la primera, se establece el deber de los Estados de prevenir la discriminación en el diseño o la implementación de los sistemas de aprendizaje automático en contextos públicos o mediante asociaciones público-privadas. En la sección se incluyen principios para identificar riesgos en el uso de sistemas de aprendizaje automático, para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, para hacer cumplir la supervisión y para promover la igualdad. En la segunda sección se describe las responsabilidades de los actores privados en el contexto del desarrollo y la implementación de sistemas de IA. Estas responsabilidades incluyen detectar posibles resultados discriminatorios a través de la identificación y evaluación de riesgos, tomar medidas efectivas para prevenir y mitigar la discriminación y ser transparentes. Y en la tercera sección se afirma el derecho a un recurso efectivo y a llamar a cuentas a los responsables de las violaciones.

La Declaración de Toronto busca proteger los derechos de todos los individuos y grupos y promover la diversidad y la inclusión. Subraya que la inclusión, la diversidad y la equidad son componentes clave para garantizar que los sistemas de aprendizaje automático no creen ni perpetúen la discriminación, en particular contra los grupos marginados.

⁶⁹ Raso, F.A., Hilligoss, H., Krishnamurthy, V., Christopher Bavitz, Ch., Kim, L., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, The Berkman Klein Center for Internet & Society, Universidad de Harvard, septiembre de 2018. Disponible en https://cyber.harvard.edu/sites/default/files/2018-09/2018-09_AIHumanRightsSmall.pdf? (consultado el 14 de octubre de 2018)

⁷⁰ Disponible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25_eag_report_en.pdf, consultado el 21 de diciembre de 2018.

⁷¹ Disponible en https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/08/The-Toronto-Declaration_ENG_08-2018.pdf (consultada el 3 de noviembre de 2018).

Sundar Pichai, CEO de Google, firmó, el 7 de junio de 2018, el documento "IA y Google: nuestros principios" no desarrollar tecnologías cuyo propósito contraviene los principios ampliamente aceptados del derecho internacional y los derechos humanos⁷².

La Comisión Europea mantuvo, el 18 de junio de 2018, una reunión de alto nivel con 12 representantes de organizaciones filosóficas y no confesionales de toda Europa, en la que se abordaron las repercusiones de la IA sobre los derechos fundamentales, y sus consecuencias para la inclusión social y el trabajo.

El 23 de octubre de 2018, la organización *The Public Voice*, aprobó las "Directrices Universales para la Inteligencia Artificial", documento respaldado por 50 organizaciones científicas y más de 200 expertos de todo el mundo, que tiene como objetivo maximizar los beneficios de la IA, minimizar el riesgo y garantizar la protección de los derechos humanos⁷³.

Es posible citar en este sentido también la "Declaración sobre ética y protección de datos en la Inteligencia Artificial" acordada por la Conferencia Internacional de instituciones dedicadas a la protección de datos y la privacidad (ICDPPC), de 25 de octubre de 2018⁷⁴. En esta Declaración se reconoce que los sistemas de inteligencia artificial pueden traer beneficios significativos para los usuarios y la sociedad, pero al mismo tiempo pueden cuestionar el respeto de los derechos a la privacidad y la protección de datos y que este desarrollo debe complementarse con consideraciones éticas y de derechos humanos.

Así, la Declaración afirma que cualquier creación, desarrollo y uso de sistemas de inteligencia artificial debe respetar plenamente los derechos humanos, en particular los derechos a la protección de datos personales y privacidad, así como la dignidad humana y la no discriminación.

Los derechos humanos deben ser así el marco desde el que afrontar los retos éticos de las nuevas tecnologías⁷⁵. Y los responsables de que esto sea así son, en primer lugar, los Estados y las organizaciones internacionales como Naciones Unidas. Pero esa responsabilidad nos compete a todos y, como no, a las empresas e industrias.

En este punto se pone de manifiesto uno de los grandes problemas que afectan a la satisfacción de los derechos. El que hasta

⁷² Disponible en <https://www.blog.google/technology/ai/ai-principles/> (consultado el 18 de diciembre de 2018).

⁷³ Disponible en <https://thepublicvoice.org/ai-universal-guidelines/> (consultado el 15 de diciembre de 2018).

⁷⁴ Disponible en https://icdppc.org/wp-content/uploads/2018/10/20180922_ICDPPC-40th_AI-Declaration_ADOPTED.pdf (consultada el 3 de noviembre de 2018).

⁷⁵ Vid. recientemente Llano Alonso, F.H., *Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, cit., pp. 171 y ss.

hace poco no se haya hecho referencia a los derechos humanos como el marco desde el que abordar los avances de las nuevas tecnologías, no es otra cosa que una manifestación de las dificultades con las que se encuentran los derechos en el ámbito de las relaciones privadas. El de los derechos en las relaciones entre particulares es un problema que considerábamos resuelto desde un punto de vista teórico pero que no lo está. Y no lo está claramente en el campo de la práctica y me temo que tampoco en el de la teoría. Por eso tenemos que insistir en ello: los derechos humanos no solo limitan la actuación de los poderes públicos, sino también la de los ciudadanos y la de las empresas y las industrias⁷⁶.

En todo caso, en el campo de las empresas e industrias, es importante que seamos conscientes de la existencia de los “Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos” que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo suyos en junio de 2011⁷⁷.

En virtud de esta declaración los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas; y en este sentido, deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

En la declaración, se afirma que las empresas deben respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Esta obligación de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Igualmente, en este ámbito se proclama que las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, y que este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. Además se afirma que si se determina que han provocado o contribuido a

⁷⁶ Vid. De Asís, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid 2000.

⁷⁷ Pueden consultarse en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.

Por otro lado, el discurso de los derechos humanos se ha proyectado directamente en la reflexión sobre los derechos de los propios ciborgs. En este punto es de destacar la *Declaración sobre los derechos de los ciborgs*⁷⁸ elaborada por Aral Balkan, quien se define como un activista por los derechos de los ciborgs. Pues bien, en dicha Declaración se afirma, entre otras cosas que: “Los seres humanos en la era digital utilizan las tecnologías digitales para ampliar sus mentes y, por lo tanto, su ser... La relación de un ser humano con la tecnología digital es la de un organismo con sus órganos. Los órganos digitales de un ser humano pueden residir tanto dentro como fuera... Los seres humanos en la era digital son ciborgs...”. Y desde todo lo anterior de declara que: “Los artículos de La Declaración Universal de Derechos Humanos se aplican a la definición de seres humanos en la era digital tal como se define en esta Declaración Universal de los Derechos del Ciborg y protegen la integridad y la dignidad del yo cibernético”.

De esta forma, los derechos humanos comienzan a ser el referente tanto para la “industria ciborg” como para los propios ciborgs...

Obviamente, tomar como referencia los derechos no va a servir para solucionar todos los problemas que nos plantean las nuevas tecnologías. Sin embargo si que puede servirnos para reorientar algunas de las discusiones al respecto. Así por ejemplo, si fuéramos capaces de conseguir aclarar cuando estamos ante terapia y cuando ante mejora, y cuando son aceptables estas prácticas desde el punto de vista ético, la aproximación basada en derechos llamaría la atención sobre la cuestión de las barreras sociales y la discriminación. Esto puede ser ilustrado acercándonos a los problemas que plantea la relación entre nuevas tecnologías y discapacidad desde el punto de vista de los derechos⁷⁹.

Como es sabido, la discapacidad se describe por la conjunción de dos circunstancias: condición y situación. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 1 señala: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Pues bien, en muchos casos, entre los logros que suelen asociarse a las nuevas tecnologías está el conseguir reducir los efectos de las deficiencias o

⁷⁸ Disponible en <https://cyborgrights.eu/#discourse-comments>, consultada el 9 de enero de 2019.

⁷⁹ Sobre el tema vid. Romañach, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Santiago de Compostela, 2009.

incluso, terminar con ellos. Sin embargo, algunos defensores de los derechos de las personas con discapacidad han criticado este uso de las nuevas tecnologías afirmando que la admisión de intervenciones de mejora (o incluso terapéuticas), aplicadas a alguien que posee alguna deficiencia, pueden ser contempladas como una minusvaloración de las personas que poseen esas deficiencias⁸⁰.

También se ha criticado ese uso señalando como pueden ser prácticas que se enfrenten a la identidad y la diversidad humana. El siguiente texto de Martha Nussbaum es ilustrativo al respecto: “Y es que la vida humana siempre ha sostenido una lucha contra los límites de la naturaleza, y cada uno de los seres humanos es el resultado de dicha lucha. Es más, sabemos que muchas de las vidas humanas más valiosas y creativas son el resultado de una lucha especialmente difícil que alejó a ciertas personas de lo convencional y las convirtió en blanco del desprecio y el insulto de sus iguales. Cualquiera que haya sido un mal deportista, o que tenga un físico diferente de cierto estereotipo sexual, sabrá que en estos «defectos» está presente un sufrimiento genuino —de modo que un progenitor bondadoso haría bien en realizar alteraciones genéticas para prevenirlos, dando lugar así a una nación de mujeres con grandes pechos y hombres musculosos. Pero ¿no debería cambiar más bien la cultura que la naturaleza? ¿Y de dónde, en un mundo de estereotipos sexuales genéticamente modelados según el patrón de una cultura recalcitrante, surgirán los artistas e intelectuales? Si todos los niños pueden ser creados conforme a cualesquiera que sean las normas

⁸⁰ Así, se afirma que “la lucha contra la existencia de la diversidad funcional es, desde mi perspectiva, una lucha contra la esencia de la humanidad. Esto implica que todo avance científico y tecnológico será insuficiente si aspira a la erradicación de la diversidad funcional, porque el ser humano seguirá siendo como es, diverso en su funcionalidad a lo largo del tiempo, y por lo tanto diverso en su capacidad a lo largo de su vida”. Romañach, J., “Cyborgs, mentes, máquinas y diversidad funcional: Una visión desde el otro lado del espejo”, 2012, disponible en http://www.diversocracia.org/docs/Cyborgs_mentes_maquinas_y_diversidad%20funcional_def.doc. Un ejemplo paradigmático en el tratamiento de esta cuestión lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del caso *Buck v. Bell* de 1927 (disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=200>, consultado el 20 de octubre de 2013). El caso trata sobre una persona con discapacidad (hija de una persona con discapacidad y que había tenido otra hija con discapacidad) que es internada en una institución y que iba a ser esterilizada en virtud de una Ley. La sentencia confirma la validez de la Ley. Y quien redacta la conclusión es Oliver Wendell Holmes, quien afirma que si el bienestar público puede reclamar en ocasiones las vidas de los mejores ciudadanos con más razón podrá justificar unos sacrificios menores (la esterilización) a aquellos que constituyen una carga para el país (las personas con discapacidad). Así, se dice que para todos es mejor impedir la perpetuación de los no aptos. Y termina afirmando: “Tres generaciones de imbéciles son suficientes”.

dominantes en la sociedad, ¿no se empobrecerá por ello la vida humana?”⁸¹

Por último, se ha afirmado que en este ámbito, debería ser prioritario la lucha contra las barreras y no la lucha contra las llamadas deficiencias. Me he referido antes al ejemplo que aludía Agar en relación con la posibilidad de cambiar el color de la piel de los hijos, destacando como esta práctica solo tendría sentido como medida de protección del sol ante la disminución de la capa de ozono y nunca como intervención para evitar la discriminación en una sociedad racista⁸². Pues bien, desde este argumento se señalaría que la estrategia adecuada ante este ejemplo es la de detener la desaparición de la capa de ozono y evitar el racismo. En nuestro ejemplo de la prótesis de la pierna que se origina por las barreras que se encuentra una persona en silla de ruedas, la cuestión es ¿por qué no llevar a cabo una estrategia que busque la desaparición de las barreras? Así, en el campo de la tecnología, esto podría traducirse en el sentido de dar prioridad a la accesibilidad⁸³

De alguna manera, el enfoque de derechos va a priorizar la eliminación de barreras sobre la lucha con la desaparición de las deficiencias, al igual que va a priorizar esta lucha frente a los programas de mejora.

En todo caso, conviene advertir que el enfoque de derechos no está reñido con el avance tecnológico. Como he señalado en otro lugar⁸⁴, el discurso de los derechos humanos debe abrirse al desarrollo tecnológico y científico, y con ello: (i) no puede cerrar la puerta a toda intervención de mejora; (ii) debe ser capaz de combinar el antropocentrismo con visiones ecocéntrica y biocéntricas, que implique el respeto a la vida y al ser en su conjunto; (iii) debe atender a nuestra dimensión social y ser consciente de la importancia de las relaciones interpersonales para la consecución de una vida humana digna, configurando así una ética que tenga en cuenta al otro; (iv) debe prestar atención a las generaciones futuras poniendo especial énfasis en la responsabilidad y la previsión, en una responsabilidad orientada hacia el futuro que nos permita progresar con cautela, esto es, en una responsabilidad intergeneracional; (v) debe manejar una visión crítica con la idea de dignidad humana tal y como la hemos construido y concretado desde la modernidad y la ilustración, al estar basada en una concepción del ser humano y de la

⁸¹ Nussbaum, M., “Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, cit., pp. 15 y 16.

⁸² Agar, N., *Liberal Eugenics. In Defense of Human Enhancement*, cit., p. 155.

⁸³ Es recomendable en este punto la lectura del libro de Kalbag, L., *Accessibility for Everyone, A Book Apart*, New York 2017, y del manifiesto *Ethical Design Manifesto* disponible en <https://2017.ind.ie/about/manifiesto/>, consultado el 8 de enero de 2019.

⁸⁴ De Asís, R., “Robótica, Inteligencia Artificial y Derecho”, en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, n. 10, 2018, pp. 65 y 66.

sociedad de carácter universal y muy vinculada con la idea la perfección; (vi) debe ser igualmente crítica con la construcción tradicional de la igualdad, excesivamente ligada a la perspectiva formal, y partir de la diversidad como rasgo caracterizador de lo humano; (vii) debe encontrar un equilibrio entre seguridad y libertad, y con ello, realizar un ejercicio de ponderación entre el principio de precaución y la libertad de investigación.

Para que el enfoque de los derechos consiga estar presente en la reflexión sobre las nuevas tecnologías no basta con que existan normas y declaraciones que así lo establezcan. Es necesario que los derechos estén presentes en el campo de la formación de todos aquellos implicados en las nuevas tecnologías. Es más, es necesario que los derechos estén presentes en el campo educativo en general.

Y en este punto, tengo que reconocer la perplejidad que me produce observar como se potencia la incorporación en los colegios de la robótica (algo absolutamente necesario) y como, al mismo tiempo, disminuye e incluso se rechaza la educación en derechos humanos (que es algo igualmente necesario).

FEMINICIDIO: UN ENFOQUE DE APROXIMACIÓN CON VOCACIÓN TRANSFORMADORA*

FEMINICIDE: AN APPROACH WITH TRANSFORMING VOCATION

Ramsés Samael Montoya Camarena**

RESUMEN: El texto pretende desmitificar que los sesgos son elementos negativos dentro de la toma de decisiones. Por tanto, es factible que los sesgos formen parte del razonamiento probatorio a través de la abducción, para lo cual en muestra se analizan dos casos de feminicidio suscitados en la jurisdicción mexicana e interamericana.

ABSTRACT: *The text aims to demystify that biases are negative elements in decision making. Therefore, it is feasible that the biases form part of the probative reasoning through abduction. Specifically, they are analyzed two cases of femicide of Mexican and interamerican jurisdiction.*

PALABRAS CLAVE: ciencia, sesgos, abducción, interpretación, género.

KEYWORDS: *science, bias, abduction, interpretation, gender.*

Fecha de recepción: 28/12/2018

Fecha de aceptación: 20/06/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4835>

* El presente ensayo fue premiado con mención especial dentro del concurso "Género y Justicia 2017" convocado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en México y ONU-Mujeres.

** Profesor de posgrado en la Universidad Autónoma de Querétaro y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México. E-mail: ramgrrr@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Foucault reseña cómo una de las grandes conquistas de la democracia ateniense fue la historia del proceso, a través de la cual el pueblo se apoderaba del derecho de juzgar y decir la verdad, para juzgar a quienes lo gobernaban. La conquista de un derecho a *oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad* fue lo que dio lugar a lo que hoy podría llamarse una forma racional de la prueba y su demostración, para producir verdad. Así que en Grecia, con garantía persuasiva, se produjo esa forma determinada de descubrimiento judicial de la verdad¹.

El feminismo postmoderno se separa del feminismo cultural desde que radicaliza la diferencia y, en tal sentido, se aparta de la definición de mujer desde las prácticas femeninas y afectivas, para dar cuenta de que la especificidad del sujeto no parte de una concepción unitaria, en que la división de rasgos sean definitorios entre hombre y mujer. Si aquí quisiera seguirse una idea de Foucault, podría entenderse que, como él lo sostuvo, el sujeto y objeto de conocimiento están auto-implicados, podría decirse, *voluntaria o involuntariamente*, dentro de un posicionamiento histórico en donde confluyen intereses, poder, ideología y parámetros.

Foucault lo pone del siguiente modo: “[...] Si leen a Bacon, o en todo caso la tradición de la filosofía empirista y de la ciencia experimental, la ciencia observacional inglesa o la francesa a partir de fines del siglo XVI, ustedes verán un sujeto de alguna forma neutro, sin prejuicios que frente al mundo exterior es capaz de ver lo que pasa, captarlo y compararlo. Este tipo de sujeto al mismo tiempo vacío y neutro, que sirve de punto de convergencia para todo el mundo empírico, es el que se convertirá en el sujeto enciclopédico del siglo XVIII. ¿Cómo se formó ese sujeto? ¿Es acaso un sujeto natural? ¿Todo hombre puede hacer eso o habrá que admitir que si no lo hizo antes del siglo XV o del XVI fue porque tenía prejuicios o ilusiones? ¿Tenía velos ideológicos que le impedían dirigir esa mirada neutra y acogedora sobre el mundo? Esta es la interpretación tradicional, y creo que sigue siendo la interpretación de los marxistas, según la cual la carga ideológica de cierta época impedía que... Yo diría que un análisis así no me parece suficiente. De hecho, ese sujeto supuestamente neutro es también una producción histórica. Se necesitó toda una red de instituciones y prácticas para llegar a esa especie de punto ideal a partir del cual los hombres podrían dirigir al mundo una mirada de pura observación [...]”²

Proceso y feminismo. En apariencia dos puntos que no tienen encuentro. Sin embargo, ha sido precisamente su falta de conexión, lo

¹ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2011, pp. 65-71.

² *Ibidem*, pp. 161-163.

que en cierto modo ha hecho de esta separación una referencia determinante para ciertas tasas de impunidad. Se les ha tenido apartados, como si se tratase de dos áreas de conocimiento en donde, en la primera aplica la neutralidad y, en la segunda, la imparcialidad, en el sentido activo de nivelación de diferencias y, por ende, resultan incompatibles.

La comprensión de la violencia hacia la mujer y los crímenes de esa índole sugieren crear condiciones de entendimiento que apunten al interior de las jurisdicciones. La diferencia por marcar es conjugar la conquista de oponer una verdad sin poder, desde parámetros que no se finquen en la neutralidad y objetividad procesal; con la participación de un sujeto de conocimiento consciente de su auto-implicación en el proceso de construcción de las identidades, para diferenciar y marcar distancia de planteamientos definitorios desde la sexualidad y heterodesignatorios, pero partiendo de ellos; teniéndolos en mente al resolver cuestiones de violencia contra la mujer, como el caso del feminicidio. Para ello, se requiere una judicatura con rol de vigilancia crítica, permanente y activa que emplee herramientas argumentativas de mayor alcance que las tradicionales.

Unos meses atrás, en México desapareció una joven de 19 años cuando regresaba a su casa de una fiesta por la noche. Después, su cuerpo apareció en un motel. Según las noticias, había sido violada y estrangulada. La principal línea de investigación apuntó al conductor de un servicio de transporte contratado mediante teléfonos inteligentes. En redes sociales comenzó a circular un video en el que se observa como el conductor impidió a la joven descender del vehículo y de reversa tomó otro destino.

De inmediato vinieron las opiniones en redes sociales. En dos de ellas, de muchas que hubo, queda marcado el apabullante contexto misógino de una sociedad que normaliza la violencia. En el tuit de una mujer mexicana, se lee lo siguiente: *"No la mataron simplemente por ser mujer, se emborrachó, a los papas no les importó, dormían tranquilos, se detuvo a que la manosearan"*. En su tuit, un varón apuntó: *"Esa muchacha, está mal decirlo, pero ella se lo buscó"*.

Basta leer los menos de ciento cuarenta caracteres para sentir una escalofriante reacción de temor colectivo. Se podría pensar en varias novelas o producciones fílmicas del género del surrealismo-dramático y, pocas de ellas, rebasarían el sentimiento de indignación que a muchas personas les causaron esas opiniones. Las pocas palabras generan rabia.

Sin embargo, la rabia e impotencia no reparan el dolor del hecho y, mucho menos con ello se visibiliza el problema, sino que lo avalan, lo minimizan, lo normalizan. Los mensajes muestran como el proceso social de subvaloración cultural de la mujer constituye una prescripción específica para conductas tan violentas, como si, la supuesta falta de prudencia y recato *"esperado"* de una mujer, pudiera considerarse una permisión para violentarla. Sería tanto como pensar que si una joven

no actúa con recato, entonces, está mayormente expuesta al homicidio.

Cuando esto sucede, no puede cualquier persona evitar pensar en qué mundo hay que vivir, para que no se repitan más tragedias como la relatada. Por eso, un poco de esto se ocupa el texto. Con miras a buscar alternativas sobre qué es posible hacer o está permitido hacer, desde la judicatura, para entender, prevenir o en su caso, reparar a las víctimas de femicidio.

En la teoría estándar de la argumentación jurídica es muy importante lo que se diga acerca de la abducción, pero, en esa línea de conocimiento, hay caminos poco explorados, en los que regularmente no existe una clara orientación o brújula para su recorrido. Asimismo, en Latinoamérica existen pocos estudios relacionados con la interacción que tienen los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales, salvo en los que de antemano se descarta la posibilidad que de ellos derive algún procedimiento racional de decisión.

A manera de referencia, la historia de la ciencia muestra que las explicaciones de verdad fueron legitimadas por la comunidad científica, en la medida en que respondieron a pautas universales como la neutralidad, la certeza, la objetividad, etcétera; sin embargo, producto de algunas contingencias y críticas, se plantearon modos distintos de construir el saber. Así, se transformaron los discursos explicativos y su forma de adquirir eficacia frente a los criterios de verdad y, de ahí, se abrió la oportunidad de que el saber se reconociera en otros campos que no necesariamente se ajustaran a los valores universales.

Ese paso cognitivo eventualmente dio pauta para que el conocimiento se moviera en diferentes canales. Una de las cosas que propició el cambio de clima filosófico fue que se discutiera si existía alguna valía en los sesgos que las personas emplean en la toma de decisiones. Ese avance en el saber es el que motiva el texto, pues permite preguntarse si los sesgos son capaces de ofrecer alguna ventaja positiva en el razonamiento judicial y, en caso afirmativo, cómo es posible validar los criterios que ofrecen y cuáles son los límites de su utilidad.

Por ello, el presente trabajo tiene por objeto demostrar que en ocasiones un argumento abductivo producto de los sesgos cognitivos es capaz de ofrecer una ventaja positiva en el razonamiento judicial para casos muy particulares; sin por ello dejar de generar ciertos enredos para el contexto de justificación. En tal sentido, se defiende que esta forma de razonar y argumentar constituye una herramienta útil dentro de los casos de femicidio en que se emplea la perspectiva de género, para lo cual, se analizan dos casos que del tema se han suscitado tanto en la jurisdicción mexicana como en la interamericana.

2.- CIENCIA, CERTEZA Y PROBABILIDAD

Para tener claridad en la discusión dentro de la cual se ha incorporado la valía de los sesgos cognitivos, es pertinente tomar una breve referencia de lo que ha ocurrido en la historia de la ciencia. La mayoría de las etapas de la historia científica han puesto especial atención en que la validez del conocimiento científico estaba amparada por pautas universales como la certeza. La certeza, como característica indispensable de la ciencia, constituyó no solo un referente del conocimiento; sino necesariamente un punto consensuado entre la comunidad científica. Por eso, se piensa que aquellos científicos que se mantuvieron fuera del discurso dominante solo fueron colegas menores de los que formaron parte de ese consenso³.

En la actualidad, se pueden observar distintos tipos de análisis que dan testimonio de cómo las transformaciones del saber han llevado a cabo todo un trabajo de causalidad y explicación que no se gobierna necesariamente por conceptos desarrollados en la revolución científica del siglo XVII. Un ejemplo de lo anterior se puede apreciar en el concepto de verdad. Para toda civilización este concepto ha sido de gran importancia. Por lo general, la inquietud por la verdad en gran parte de la historia de la ciencia, se ha descrito con base en una fuerte asociación de ella con los principios de universalidad e inalterabilidad. Para Heidegger, por ejemplo, la palabra verdad del griego *aletheia* involucra un proceso de desocultación para poner al descubierto un conocimiento cierto⁴.

En cierta forma, la garantía de la que proveía la verdad, para muchos, era la certidumbre racional que gobernaba el mundo. De hecho, el ser humano ha dedicado una extensa reflexión desde la antigua Grecia con el fin de escindirse de la tradición fundacional teológica de que la verdad solo pertenece a los dioses⁵. Quizá por ello

³ En 1970 dentro del Collège de France, Michel Foucault dictó una lección inaugural llamada *El orden del discurso*, en la cual analizó cómo los procedimientos de exclusión que controlan el discurso guardan una relación necesaria entre saber y poder. En el fondo, el filósofo francés lo que describía era de qué manera ciertas instituciones, al funcionar en nombre de la razón y la normalidad, habían ejercido su poder sobre grupos de individuos, en relación con comportamientos, forma de ser, de actuar o decir. La historia del poder en el saber, sin duda es una de las cosas que han afectado la historia de la ciencia y que se han querido asentar con tinta invisible. Véase Foucault, Michel, *El orden del discurso*, México, Ed. Tusquets, 2009.

⁴ Véase Gadamer, Hans-Georg, *Los caminos de Heidegger*, Barcelona, Ed. Herder, 2002.

⁵ En "Cratilo o del Lenguaje", se narra que en su diálogo, Sócrates le dice a Hermógenes que existen dos tipos de discursos: el verdadero y el falso. El primero pertenece a lo divino; mientras que el segundo está situado entre los mortales. De antaño tal idea ha estado presente en el desarrollo del pensamiento. Platón en la explicación del mundo ideal atribuye que la perfección, la verdad, la justicia, entre otros, habitan ese mundo creado por la divinidad. Platón, *Diálogos*, México, Ed. Porrúa, 2007, pp. 376-377.

desde la tradición griega ha existido una incuestionable admiración del humano por la certeza⁶.

Es importante señalar que el ideal científico de la Ilustración se sostuvo en las premisas de observación, descripción y demostración; sin embargo, después vinieron otros filósofos como Feyerabend que criticaron ese modelo. El epistemólogo señalaba que la explicación producto de lo observado, provenía de la propia interpretación y no necesariamente de los hechos encontrados en la naturaleza⁷. Con ello, el concepto de verdad y el concepto de certeza construidos desde la racionalidad occidental entró en crisis y paulatinamente los conceptos de ignorancia, duda, opinión o probabilidad ya no quedaron necesariamente al margen del discurso científico.

Las condiciones de probabilidad y provisionalidad no fueron consideradas circunstancias ajenas a la ciencia. Así lo sostiene Horner cuando indica que el avance de la ciencia no se relaciona con la certeza como fin último, sino en un paso de una evidencia provisional acumulativa a una ulterior evidencia provisional y acumulativa⁸. Puede decirse que en la misma línea, se encuentra Popper, para quien no es necesario pedir a la ciencia ninguna certidumbre definitiva. Por ello, cuestionó que el método científico fuese garantía de racionalidad epistémica, al explicar que en un período histórico caracterizado por cierto escepticismo, hubo metodólogos que creían en la existencia de un método, no para encontrar una teoría verdadera, sino para averiguar si una hipótesis era probablemente verdadera; es decir, que la tesis tuviera un grado de averiguable⁹.

Después, con el análisis del lenguaje se abrió otra etapa de reflexión. La realidad, se dice, es construida de la mano de las interpretaciones de las personas. Por lo tanto, su permanencia no está asegurada, es producto de la dinámica cambiante, azarosa y polisémica del discurso. Wittgenstein, referente obligado del análisis

⁶ Nietzsche se pregunta “[...] de dónde sacaría entonces la ciencia su fe absoluta, esa convicción que le sirve de base, de que la verdad es más importante que todas las demás cosas y que todas las convicciones [...]” Al responder no duda en atribuirle esa admiración a la necesidad del hombre por creer en lo cierto cuando indica: “[...] Algunos necesitan todavía de la metafísica, pero este impetuoso desdén de certeza que en las compactas masas se manifiesta hoy con apariencias científicas y positivistas, ese deseo de llegar a algo firme (cuando el ardor de semejante deseo impide otorgar importancia a los argumentos a favor de la certeza) es también el ansia de un punto de apoyo, de un sostén, en una palabra, es aquel mismo instinto de debilidad que, si no crea las religiones y las metafísicas y principios de todas clases, al menos los conserva [...]” Crítica que implica aceptar que las certezas tan cotidianamente perseguidas por las personas no son exclusivas del conocimiento, sino también de convicciones morales de las que no pueden escindirse. Nietzsche, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Ed. Sarpe, 1984, pp. 171-175.

⁷ Feyerabend, Paul, *Tratado contra el método*, México, Ed. Red, 1993, p. 3.

⁸ Horner, Bryan, *The present state of scholarship in historical and contemporary rhetoric*, Columbia, Ed. University of Missouri Press, 2010, p. 179.

⁹ Popper, Karl, *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la lógica de la investigación científica*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, pp. 45 y 46.

del lenguaje, en su etapa pragmatista defendió que la realidad es una construcción lingüística; de ahí que, en su concepto, las personas nombran al mundo y, así, lo distinguen de lo demás, porque a través del lenguaje se nombran, se determinan y se construyen verdades¹⁰. Con Rorty igualmente se puede aseverar que la verdad es una construcción lingüística, pues la verdad, considera, es una propiedad de los enunciados, los cuales dependen de los léxicos que son elaborados por los seres humanos¹¹.

Este pequeño repaso en la historia de la ciencia permite demostrar cómo las distintas corrientes de pensamiento han contribuido a la radical desvalorización de la idea de verdad como certeza, al permitir inferir desde distintos análisis, el consenso implícito de que no existen verdades o certezas absolutas¹².

Con ello, puede pensarse que los sesgos cognitivos no son procedimientos ajenos a la racionalidad. En 2002 Kahneman compartió el Premio Nobel de Economía con Vernon Smith por la investigación relacionada con la psicología y la ciencia económica, en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo el principio de incertidumbre. Kahneman y Tversky desarrollaron un programa sobre heurística y sesgos. Su trabajo consistió en demostrar que en las intuiciones de las personas sobre la probabilidad de los hechos se producen muchos sesgos; así que el problema de la toma de decisiones es muy complejo cuando existe incertidumbre; sin embargo, hay expectativas que descansan en ellos que en gran medida resultan útiles para que la conducción de la elección derive en la decisión más óptima¹³.

Desde el siglo XVIII los científicos de la psicología se han interesado en comprender si las estimaciones intuitivas son efectivas

¹⁰ Véase Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Ed. Crítica, 2008.

¹¹ Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1991, p. 41.

¹² Ese tipo de críticas epistemológicas se extendieron hasta la reflexión feminista, al considerar que la ciencia por lo regular ha sido entendida como una actividad enteramente masculina porque la teoría es producto de un patriarcado monolítico guiado por la lógica imperialista de un discurso explicativo que no representa a las mujeres. En ese sentido, una parte del feminismo sostiene que la comprensión científica propagada por el determinismo biológico ha provocado una serie de problemas específicos que van desde reducir la importancia de ciertos fenómenos naturales hasta la formación de las identidades sexuales; además, se dice, la celebración de los valores masculinos que se han considerado universales, entre ellos la neutralidad, la objetividad, la unidad, etcétera; persisten en transmitir tácitamente al varón como referente biológico a partir del cual se reproducen dichas pretensiones universales que no hacen más que reflejar una postura o visión parcial del mundo. Véase Smart, Carol, "La teoría feminista y el discurso jurídico", en Birgin, Haydée, *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000, pp. 32-40.

¹³ Véase Kahneman, Daniel y Tversky, Amos, *Choices, values and frames*, Nueva York, Ed. Cambridge University Press, 2000.

o no. En ocasiones, una de las dificultades más elementales para determinarlo es que los juicios de probabilidad son utilizados sin que quien decide sea consciente de ello. Situación que a su vez, ha limitado evaluar dentro de un muestreo científico, si dicho modo probabilístico de razonar tiene algún grado de acierto. Como quiera que sea, es importante mencionar que desde la Ilustración se ha intentado equiparar la teoría de la probabilidad al sentido común de las personas. Con Kahneman y Tversky se abrió la posibilidad de entender que las personas cometen sesgos al momento de realizar juicios de probabilidad, los cuales se generan por alguna limitación en el procesamiento de la información disponible.

Habrá quien se incline por sostener que el estudio de los sesgos más que conducir a una elección racional, tiene por fin evitarlos para mejorar la precisión de los juicios y la toma de decisiones; sin embargo, la idea aquí es contraria, pues se pretende demostrar cómo algunas elecciones basadas en sesgos bajo razonamientos abductivos, son útiles en materia de decisiones jurídicas, sin por ello dejar de presentar problemas para evaluarlos.

3.- EL CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN Y LA ABDUCCIÓN

La teoría de la argumentación jurídica pone un especial énfasis en el contexto de justificación. Su origen está anclado, sin duda, en la historia de la ciencia, en especial sobre la distinción que imponía al respecto la filosofía neopositivista entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación; aunque, cabe señalar, hoy en día para muchos ya no es tan visible una línea divisoria entre ambos contextos.

De una parte, en la ciencia, para el contexto de descubrimiento importa la producción de una hipótesis o de una teoría, el hallazgo y la formulación de una idea, la invención de un concepto, todo ello relacionado con circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas, económicas y tecnológicas que pudieran haber gravitado en la gestación del descubrimiento o influido en su aparición. En el otro punto, el contexto de justificación aborda cuestiones de validación: cómo saber si el descubrimiento realizado es auténtico o no; si la creencia es verdadera o falsa; si una teoría es justificable, si las evidencias la apoyan o si se ha incrementado el conocimiento.

Lagier explica que en la filosofía del Derecho el contexto de descubrimiento entraña no solo la formulación de una hipótesis al tanteo; sino también la decisión de aceptar finalmente esa hipótesis. Siendo así poco importante cómo se tomó la decisión, si luego esta se encuentra bien justificada. Quizás por ello se piensa que justificar es

una fase de descubrir; como si se tratase de un proceso imbricando e inseparable para su análisis¹⁴.

Con independencia de ello, el contexto de justificación se entiende como el análisis de las razones que respaldan una decisión. Para algunos, la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación es solamente de perspectiva porque algo puede contar como una razón explicativa sin por ello ser justificativa, pero puede ocurrir que una razón explicativa tenga también fuerza de justificación. Lo importante es que el contexto de justificación, para la teoría estándar de la argumentación jurídica, no pretende estudiar cómo se toman o se deberían tomar las decisiones; sino cómo se justifican o deberían justificarse las decisiones.

En otras palabras, su objeto de estudio es ofrecer modelos de cómo deben fundarse las decisiones judiciales, precisamente desde el conocimiento y análisis de cómo de hecho se toman esas decisiones. La argumentación además de situarse dentro de una acción lingüística que se ocupa de resolver un problema mediante un complejo proceso dialógico, también supone constituirse como una actividad racional, no solo en el sentido de que es una actividad dirigida para un fin, sino también, como dice Atienza, en virtud de que presupone que siempre hay criterios para evaluar racionalmente la argumentación propuesta¹⁵. En este caso, el contexto de justificación importa en la medida en que pueda evaluarse racionalmente una decisión judicial que se sostiene bajo una peculiar forma de razonamiento abductivo. Pero antes, veamos en qué sentido la abducción es una herramienta importante para el proceso de argumentación.

Atienza considera que la argumentación tiene necesariamente un vínculo con el área formal o lógica del razonamiento. En ese sentido, reconoce que hay varias condiciones con que cumple este tipo de razonamiento que sirven para orientar en el proceso argumentativo (identificar las premisas, traducir las proposiciones, desarrollar una inferencia, constituir una prueba formal de validez de determinadas conclusiones, etcétera). Sin embargo, también identifica varias problemáticas de esta concepción formal. En general, la considera insuficiente para dar cuenta de una decisión, porque, entre otras cosas, no siempre que una decisión se presente bajo una forma deductivamente válida, se puede pensar que está justificada.

En ese orden, precisa que la lógica deductiva solo suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende de las cuestiones materiales o de contenido, cuya consideración es importante para casos en que se argumenta fuera de los supuestos que rigen en las ciencias formales. Un ejemplo de ello es cuando se argumenta con

¹⁴ González Lagier, Daniel, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)", *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 46-47.

¹⁵ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel, 2006, pp. 74-76.

premisas falsas; en virtud de que esto puede dar pie a una estructura correcta del argumento desde el punto de vista lógico, pero con un incorrecto proceso de argumentación desde su noción material y pragmática.

Así, hay casos en que la lógica aparece como un instrumento necesario, pero insuficiente para el control de los argumentos. En adición, Atienza también advierte esa insuficiencia para el establecimiento de las premisas en los casos difíciles, en tanto que ello no está determinado por la lógica, sino por principios de racionalidad práctica (universalidad, coherencia, etcétera).

Entonces, se puede decir que la frontera de la lógica está precisamente en aquellos lugares en que la composición inferencial de un argumento que sea ajeno a los contextos del problema que busca resolverse, no los considere dentro del proceso dialógico que supone la actividad argumentativa. Por eso, el modelo de la lógica binaria en ocasiones se ve superado por las lógicas borrosas; en las que ciertos razonamientos dependen de la complejidad de los contenidos; sin que dentro de estos análisis pueda hacerse, como lo defiende la lógica formal, una delimitación de las condiciones inferenciales bajo las cuales debe de construirse un argumento¹⁶.

Un ejemplo está en la interpretación. La certeza y linealidad de la que parte la lógica va en contra del flujo incontrolable de cambios dinámicos que se generan acerca del significado de las normas, auspiciados bajo la indeterminación del Derecho, en que los tribunales participan y construyen nuevos argumentos que se adaptan a las condiciones de la actualidad. Por ello, como lo sostiene Atienza, en el proceso argumentativo la concepción pragmática juega un papel que no puede desconocerse porque es necesario tener en cuenta los efectos que producen las argumentaciones de acuerdo a las circunstancias, roles y acciones de quienes argumentan.

Por tanto, hay casos en que la noción formal de la argumentación no puede dar respuesta a ciertos contextos. La inferencia en esos casos no es un elemento modélico que sirva para resolver la problemática, sino que se requiere de un tipo de lógica divergente; en que la forma del razonamiento sea sensible al contexto en que se argumenta. Para este tipo de casos, una herramienta eficaz lo constituye el argumento abductivo. La abducción, sostiene Pierce, es un tipo de argumentación diferente de la deducción y de la inducción; es un argumento original con el que surge una nueva idea. Se trata de una conjetura que

¹⁶ Wintgens sostiene lo siguiente: “[...] Un sistema legal no es una cadena estática de limitaciones externas; al contrario, es un conjunto complejo y dinámico de proposiciones entrelazadas acerca de lo que debería ser hecho y cómo debería ser hecho [...] Complejo, como debe ser por su propia naturaleza, se vuelve cada vez más complicado. La complicación de un sistema jurídico es debido principalmente a su crecimiento exponencial. Resultante de esto, al carácter sistemático del sistema jurídico corre el riesgo de ponerse en peligro [...]” Wintgens, Luc, “Jurisprudencia como nueva teoría de la legislación”, *Doxa Isonomía*, núm 26, 2003, p. 277.

pretende ser la mejor explicación o la más probable. En este tipo de razonamiento, se traspasan los límites del silogismo formal en búsqueda de incorporar elementos contextuales de importancia práctica para construir satisfactoriamente una justificación alrededor de un problema.

Este tipo de razonamiento sirve para, en términos de Wróblewski, presentar una justificación externa en el proceso de argumentación; en que es necesario ir más allá de las fronteras de la lógica en que se fundan las premisas. La abducción genera una alternativa para tal efecto; su forma de elaboración constituye, como en cierta forma lo propone Aristóteles, la herramienta eficaz para comprender que el razonamiento dialéctico exige de opiniones plausibles (*endoxa*) para poder conducir una determinación hacia conclusiones razonables, cuando el modelo formal es insuficiente para conseguir dicho nivel de racionalidad.

En complemento, podría también sostenerse que muy cercano a la tópica de Viehweg, este tipo de razonamiento se establece desde ciertos lugares comunes a las reglas de la experiencia; de modo que el carácter directivo con el que suele comenzar el ejercicio abductivo no desconoce la heurística jurídica, mediante la cual se genera una reconstrucción argumentativa apoyada en enunciados empíricos que gozan de consenso, dada su obtención justamente de la experiencia de los contextos fácticos y normativos.

4.- LOS SESGOS COGNITIVOS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Hay dos tipos de sesgos cuyo uso es frecuente en el oficio jurídico. Se asumen como explicaciones plausibles de probabilidad y, aunque a menudo dichas inferencias intuitivas o heurísticas parecieran desacertadas; en ocasiones, son reglas que tienen cierta validez y, por ende, parece razonable seguirlas; ahí la idea precisamente de desmitificar el carácter no científico de los sesgos cognitivos¹⁷.

¹⁷ La palabra mitología es un concepto que tiene como referencia a la modernidad, en cuanto que esta constituye un victorioso desmantelamiento de antiguas mitificaciones sedimentadas en las costumbres, gracias a las conquistas del progreso humano a través de la obtención de verdades científicas; sin embargo, como lo indica Grossi, la civilización moderna ha sido una gran constructora de mitos, incluso, agregaríamos, con base en los propios ideales científicos, ya que como en su oportunidad lo señaló Kuhn, a partir de que el estudio de la ciencia se concentró en los principios de causalidad, predictibilidad y universalidad, al margen de los logros obtenidos en el conocimiento, estos también constituyeron límites inmanentes a la actividad científica moderna al convertir la metodología científica y sus productos en una especie de dogma y, por lo tanto, en un obstáculo para el cambio. Véanse Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 39; y Kuhn, Thomas, *La función del dogma en la investigación científica*, Valencia, Ed. Teorema, 1979, p. 5, respectivamente.

La representatividad es uno de los medios más comunes de los cuales se parte hacia un razonamiento sesgado. Su fundamento es que de las muestras más representativas de la experiencia, se puede disminuir con mayor acierto la posibilidad de que lo ocurrido haya sido de forma opuesta a aquello que por lo regular casi nunca ocurre.

Otro modo de cálculo de la heurística es la conjunción, en el que se puede llegar a creer que es más probable la intersección de dos sucesos que su unión; en otras palabras, se considera que para que la probabilidad de un hecho B pueda ser menor que la probabilidad de A y B juntos, ello radica en que si alguien o algo posee dos atributos, siempre es más probable que puedan predeterminarse ciertas conductas, que si solo se poseyera uno de los atributos. Es una elección basada en el estereotipo¹⁸.

Así que el heurístico puede ser eficiente en condiciones en que el procesamiento de la información autorice presumir ciertos datos para tomar una decisión. La base de esta idea se encuentra en las cargas de probabilidad acerca de lo ocurrido, cuando para ello es necesario disponer del bagaje experimental con que cuenta el decisor relacionándolo con la frecuencia con que se presentan ciertos factores en determinados contextos sociales.

Una nota importante es entender que lo que motiva el texto supone que para ciertos casos, repito, solo para ciertos casos, los sesgos cognitivos son fuente de estimaciones racionales en la toma de decisiones, cuando su uso constituye una herramienta que fundamenta de forma eficiente la elección del juzgador mediante un razonamiento abductivo para impartir justicia.

4.1.- La representatividad en el razonamiento jurídico

El estudio de los sesgos reconoce las limitaciones inherentes al razonamiento humano, también señala que hay restricciones impuestas a dicho razonamiento con motivo de la limitada información

¹⁸ Hablamos de estereotipo en el mismo sentido que lo hacen Rebecca Cook y Simone Cusack cuando indican “[...] El término como tal, se deriva de los vocablos griegos *stereo* y *typo*, que significan ‘sólido’ y ‘molde’ respectivamente. En 1922, el uso del término ‘estereotipo’ en referencia a un proceso de impresión, se adaptó metafóricamente como un concepto de ciencias sociales para explicar cómo las personas poseen una precondición sobre otra, tan solo como si fuesen reimpresiones de un molde [...] Desde este punto de vista, los seres humanos no vemos ‘el mundo exterior’ tal y como es; por el contrario, preconcebimos ‘imágenes mentales’, o estereotipos, en los cuales nos basamos para darle significado al mundo que percibimos. Dicho de forma simple, los estereotipos nos ayudan a entender, simplificar y procesar las infinitamente variables, atributos, características y roles individuales del mundo en que vivimos. Así, las personas pueden ser categorizadas o estereotipadas con base en criterios tales como su género, pigmentación de la piel, edad, idioma, religión, orientación sexual y origen racial o étnico [...]” Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género*, Colombia, Ed. Profamilia, 2010, pp. 11 y 12.

de la que se dispone y de las capacidades del cálculo humano gobernadas por apreciaciones subjetivadas de determinadas categorizaciones en las que encuadran los sujetos. En la representatividad, lo determinante no solo es analizar los atributos subjetivos con que cuentan los intervinientes del problema que se busca resolver, sino examinar también, de acuerdo con la experiencia con que se cuente, qué es lo más frecuente que ocurre en determinadas situaciones.

Así, la información que se tenga sobre los hechos a decidir constituye pieza clave para tomar la decisión. El grado de acierto siempre conlleva asumir un riesgo e incerteza, ante las distintas probabilidades que se puedan presentar. Las elecciones con riesgo muchas veces dependen de la elección individual y algún procedimiento aleatorio específico. Quien decide no sabe qué aconteció en específico, pero conoce las probabilidades de que ello haya ocurrido así. Muchas de las veces se recurre a la esperanza matemática de confiar que las cosas hayan ocurrido de acuerdo con cierto esquema o patrón social específico.

Pensemos en el caso en que una niña presenta daños en su integridad física. El día que le ocurrieron, hubo una álgida discusión entre su padre y madre. De lo poco que se sabe, el padre tiene un antecedente de violencia familiar y ese día agredió verbalmente a la madre. La niña de cinco años no habla y tiene dificultades para comunicarse bajo el lenguaje convencional. Lo único que se tiene es que la niña estuvo presente durante el altercado, luego, ante la instancia investigadora ella dibujó una escena poco clara que parece indicar que en el bosquejo aparece una persona gritando a otra y, después, en una pretendida entrevista, ella hizo gestos hostiles y de rechazo hacia el padre (no quería acercársele y mostraba tristeza cuando él estaba presente).

Con esos datos ¿Sería razonable suponer que la actitud y antecedentes del padre, así como la reacción de la niña en el contexto de los hechos tienen alguna relación con las lesiones que esta presentó? Quizá la mayoría de personas que se dediquen al oficio jurídico, ni siquiera se pregunten por ello y de antemano den por sentado que el padre fue quien lastimó a su hija. Este ejemplo pone en claro que el proceso cognitivo en la toma de decisiones se guía en gran medida por la heurística y la racionalidad limitada que surgen de los sesgos justamente. A este tipo de procesos Moskowitz se refiere de la siguiente manera: “[...] Para ayudarnos a hacer juicios, particularmente bajo la incertidumbre a saber si necesitamos ayuda, tenemos reglas que usamos, reglas que hemos aprendido en el transcurso de nuestras vidas. Estas reglas o atajos nos ayudan a predecir y estimar que será probablemente la mejor solución para la tarea frente a nosotros, sea juzgar/categorizar personas o tomar decisiones. Las reglas que implementamos son llamadas heurísticos y son típicamente descritos al contrastarlos con una elaborada y

exhaustiva examinación de las características de la situación en la que nos encontramos. En lugar de gastar este tipo de esfuerzo mental, usamos los heurísticos porque generalmente nos llevan a juicios aceptables en los cuales confiamos y con los cuales estamos contentos. El problema es que en ocasiones estos heurísticos no encajan en la situación en la que estamos; en ocasiones los heurísticos sesgan la manera en que interpretamos la información [...]”¹⁹”

Con esto, tenemos que uno de los campos en donde se emplean con mayor frecuencia los heurísticos y los sesgos es aquel en el que se desarrollan los juristas. En la mayoría de las veces sucede, como en el ejemplo de la niña, con el objetivo de dar una solución al problema que se presenta. Así, el razonamiento probabilístico e inferencial basado en intuiciones con las que *a priori* se categorizan determinadas situaciones sugiere que frente a la falta de información, el análisis de representatividad, permite acercarse a saber qué es lo que de acuerdo con la experiencia tiene un mayor grado de probabilidad que haya ocurrido, para poder señalar qué tipo de consecuencias jurídicas merece determinada acción.

4.2.- La conjunción en el razonamiento jurídico

Por lo regular, los operadores jurídicos no cuentan con toda la información de un problema, este tipo de limitaciones motiva razonamientos de cálculo sobre lo ocurrido, para lo cual los jueces categorizan situaciones y toman de base el contexto social que rodea las controversias. Sin embargo, el escenario se complica cuando las partes defienden una versión fáctica distinta y el elenco de pruebas que ofrecen busca demostrar extremos totalmente opuestos.

Aquí, los juicios sesgados y los heurísticos como motor de razonamientos formativos, constituyen procedimientos de estimación que de ningún modo son irracionales, como lo han defendido Kahneman y Tversky, puesto que los factores situacionales de quienes están involucrados y su combinación con la predicción, permite encontrar una respuesta con alta probabilidad de acierto sobre un problema que dada su especificidad coincide con ciertos patrones sociales, culturales y económicos que rigen los modos de comportamiento de las personas.

Este proceder ocurre en ciertos casos. Cuando una jueza o juez revisa un expediente hace estimaciones de forma inconsciente, con apoyo en datos reales y su experiencia acumulada. Los datos reales son la información disponible, en la cual existen huecos no descifrados sobre lo ocurrido. Estos convergen con la experiencia que asocia los factores que intervienen en el caso. Factores como el contexto social, la importancia del problema, sus efectos colaterales, los derechos o

¹⁹ Moskowitz, Gordon, *Social cognition understanding self and others*, Nueva York, Ed. Guilford Press, 2005, p. 151.

bienes que se ven involucrados y su grado de afectación, el rol que desempeñan las personas que lo viven, la reproducción de comportamientos predeterminados por el contexto social, por mencionar algunos.

Por ejemplo, el caso en que una pareja después de una perjudicial relación, decide separarse a causa de que uno de los cónyuges se relacionó sentimentalmente con otra persona. Luego, en la búsqueda de la custodia derivada del proceso de divorcio, uno de ellos acusa al otro de ser una persona poco idónea para el cuidado de sus hijas, pues con motivo de la causa del divorcio se revela un marcado desinterés en ceñirse de "forma debida" al cuidado de las hijas. Frente a ello, el otro cónyuge alega que es la persona más apta para la crianza de las niñas, dado que es quien ha pasado mucho mayor tiempo con ellas.

Para decidir, la jueza tomará en cuenta la suma de sucesos. De un lado, aquél cónyuge que no se relacionó con otra persona y la atención que prestaba a las niñas y, por otra parte, el cónyuge que engañó y el cuidado que dio a sus hijas. En cualquiera de los dos escenarios, tendrá que observar si en alguno de los cónyuges, existe algún otro atributo que haga más probable, según lo que pueda determinarse con una prueba idónea, de que la conducta de uno de ellos es más probable preverla como la más apta para el desarrollo de las niñas.

Un tema adicional es que, el juez podrá unir los datos del expediente con su experiencia, para predecir que por el contexto del problema, los dos cónyuges alegaran ser los más aptos para el cuidado de las niñas, lo cual es de especial interés al momento de resolver sobre la custodia frente a los otros elementos de prueba que sumen elementos de probabilidad y predeterminación en función del contexto de la controversia. Una muestra de lo anterior, se puede ver en un voto del ministro Pardo Rebolledo, en el caso en que se examinó si el principio de definitividad en materia de amparo, puede excepcionarse contra actos de imposible reparación que involucren a algún infante. Al respecto, el ministro de la Suprema Corte de Justicia mexicana opinó lo siguiente: "[...] Además, si bien no desconozco que el interés superior del menor es un principio de rango constitucional, no pasa inadvertido que cuando se emitió la Ley de Amparo, incluso la que entró en vigor el tres de abril de dos mil trece, ese principio ya estaba reconocido, además ya también se encontraba en vigor el texto actual del artículo 1º constitucional, de manera que si la intención del legislador aplicando el principio 'pro personae' hubiese sido considerar como casos de extrema gravedad, aquellos en que se ve involucrado un menor, así lo hubiese establecido, por tanto me parece que establecer una excepción al principio de definitividad no reconocida por el propio legislador, basándose en disposiciones que ya estaban en vigor cuando se emitió la nueva Ley de Amparo, necesariamente implica invadir una competencia que no corresponde al Poder Judicial

de la Federación, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 49 constitucional. [...] En la tesis de referencia, se establece que la excepción al principio de definitividad a que se alude, se debe limitar a aquellos casos en que esté involucrado un menor de edad y el recurso ordinario no admita suspensión, porque entonces según se afirma en la jurisprudencia de referencia, dicho recurso no será adecuado y eficaz para alejar al menor de la situación de vulnerabilidad en que se encuentre, cuando se alegue un riesgo por cualquiera de las partes. [...] Lo anterior implica que el sustento de esa excepción al principio de definitividad, radica en que exista un riesgo alegado por las partes; no obstante, me parece que ello es incorrecto, pues con independencia de que el determinar cuándo se está en presencia de un riesgo puede resultar subjetivo, eso es algo que en todo caso debe determinar el juzgador y no las partes, de modo que si la excepción al principio de definitividad en cuestión, sólo se basa en el dicho de las partes sobre la existencia de un riesgo, básicamente se deja a voluntad de ellas, el decidir cuándo agotar o no el recurso ordinario y, por ende, cuándo cumplir con el principio de definitividad y cuándo no. [...] Además, el vincular la procedencia de esa excepción al dicho de las partes, no resulta objetivo ni mucho menos razonable, pues se pierde de vista que la experiencia ha demostrado que en muchos de los casos en que se disputa la custodia de un menor, ambos padres se consideran los más aptos para tener a lado a sus hijos, y que con el afán de tener la custodia de los mismos, muchas veces argumentan que de otorgarse la custodia (aunque sea provisional) a su contrario, el menor correrá riesgos, por tanto resulta sumamente difícil determinar cuándo realmente es que el menor puede correr un riesgo [...]”²⁰

De lo anterior, se puede identificar que el sesgo funciona como un anclaje probabilístico del que parte el juez, para hacer otras afirmaciones que le permiten argumentar a favor de la posición legal que sostiene; todo ello, obtenido de la experiencia y opinión que le merecen determinados factores situacionales relacionados con el contexto en el que se desenvuelve la controversia, concretamente el hecho de que cada padre o madre en conflictos sobre custodia familiar, se considerará a sí misma, como la única persona idónea para desempeñar el cargo de cuidador del hijo o hija.

5.- LOS SEGOS Y LA ABDUCCIÓN: DOS CASOS DE FEMICIDIO DE LA JURISDICCIÓN MEXICANA E INTERAMERICANA

Podría pensarse que el razonamiento abductivo resultado del empleo de ciertos juicios intuitivos o sesgados puede ubicarse en el contexto de descubrimiento como una primera etapa del razonamiento,

²⁰ Véase voto concurrente que formula el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo dentro de la contradicción de tesis 265/2013.

en tanto que es una hipótesis formulada intuitivamente; o bien, al *tanteo*, como dice Lagier, la cual se funda en una serie de circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas, económicas y tecnológicas que gravitan en la mente del decisor, para poder llegar a la conjetura que pretende ser la mejor explicación o la más probable sobre el problema que se pone en sus manos, pero esto, en modo alguno puede entenderse disociado del contexto de justificación, pues finalmente ambos procesos son inescindibles; ahí la necesidad de cobijar su valía en el proceso de argumentación.

Antes de los casos conviene recordar que en tiempos recientes en México se legisló sobre el femicidio en el Código Penal Federal, cuyo artículo 325 dispone que *comete el delito de femicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género* y se estipula una lista de distintas acciones que encuadran en las *razones de género*²¹, bajo la idea de que estas circunstancias constituyen un desprecio y discriminación hacia la mujer, por ejemplo, cuando es golpeada, insultada, expuesta, etcétera; en virtud de que la violencia opera desde una lógica cultural marcada por patrones sociales que suponen un poder de dominación del hombre sobre la mujer.

La gran dificultad que se presenta frente a los operadores al momento de analizar hechos de violencia por razones de género es que la conducta aislada, por sí misma dice poco, para saber si detrás de ella hubo circunstancias que se desarrollaron siguiendo esa lógica cultural de subvaloración de la mujer. Justamente en esta dificultad es que el razonamiento abductivo que se presenta como producto de sesgos cognitivos puede avalarse, como una pauta acertada con sus propias limitaciones, para los casos de femicidio.

²¹ El citado precepto establece lo siguiente: "Artículo 325. Comete el delito de femicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: - - - I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; - - - II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; - - - III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; - - - IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; - - - V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; - - - VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; - - - VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. - - - A quien cometa el delito de femicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. - - - Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. - - - En caso de que no se acredite el femicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. - - - Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos."

Así, ha sucedido, en nuestro concepto, en dos casos emblemáticos que abordan este problema. Se trata del *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el amparo en revisión 554/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En los dos casos, las Cortes emitieron varios razonamientos en los que se propone partir de un razonamiento abductivo para la investigación y enjuiciamiento de los hechos que los originaron. Sin el ánimo de ser exhaustivo, se mencionan algunos puntos de los que se aprecia cómo las Cortes Interamericana y mexicana dan por sentados los datos de que la problemática analizada tiene connotaciones discriminatorias en perjuicio de la mujer, de acuerdo con el rol que esta desempeñaba en cada uno de los contextos en que sucedieron.

Los hechos en el *Caso Campo Algodonero* son que el 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de tres mujeres jóvenes en un campo algodonnero. De antecedente se tenía el fenómeno de una desaparición sistemática de mujeres de extracción humilde, de entre 15 y 20 años de edad, cuyos cuerpos eran encontrados desgarrados y con signos de violencia sexual en un campo algodonnero de Ciudad Juárez; ese clima de impunidad que imperó en México por más de quince años, comenzó a ser visible desde 1993 para distintas agencias internacionales y organismos no gubernamentales. A raíz de los hechos de 2001, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentara el 4 de noviembre de 2007 una demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos; la Corte Interamericana pudo conocer del caso y pronunciarse al respecto.

En la litis de fondo, la Corte Interamericana abordó distintos derechos humanos que se alegaron violados, entre ellos, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de tratos degradantes, derecho a la libertad personal, protección de la honra y la dignidad, derechos de la infancia, derecho a la protección judicial y derecho a la no discriminación previstos en los artículos 4, 5, 7, 11, 19 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En el análisis del derecho a la vida, la Corte tomó en cuenta lo manifestado por el Estado mexicano en cuanto a que los homicidios perpetrados en la ciudad fronteriza estaban influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer, cuyas manifestaciones de violencia estaban basadas en ideas de sexo y género como identidad de los individuos. Al analizar estos puntos, el tribunal concluyó que la impunidad sobre ese tipo de delitos enviaba el mensaje social de que la violencia contra la mujer era tolerada, situación que favorecía a su perpetuación y aceptación social e incrementaba la sensación de inseguridad en las mujeres.

En materia de desaparición, la Corte señaló que era deber del Estado tomar una responsabilidad reforzada con respecto a la

protección de mujeres en Ciudad Juárez que se encontraran en situación de vulnerabilidad, especialmente las jóvenes y humildes. También estimó que ante el conocimiento del contexto, el Estado sabía que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas, por lo cual, era necesario que realizara de forma exhaustiva actividades de búsqueda oportuna de las víctimas.

Respecto de las garantías judiciales y protección judicial, la Corte internacional determinó que al fragmentarse las investigaciones en distintos expedientes (uno por cada víctima), el Estado había desatendido que los hechos del campo algodnero se enmarcaban en un contexto de violencia contra la mujer, lo cual se traducía también en una forma de contribuir a la impunidad y propiciar la repetición de ese tipo de hechos.

En las medidas de reparación, en lo que respecta a la identificación, proceso y sanción de los responsables por la desaparición, vejámenes y homicidio por razones de género, la Corte Interamericana condenó al Estado mexicano para que la investigación de los hechos se desarrollara con perspectiva de género y se emprendieran líneas de investigación acerca de la violación sexual, para lo cual habrían de estimarse los patrones respectivos en la zona.

En el apartado sobre el hostigamiento y persecución del que fueron sujetos los familiares de las víctimas, el tribunal aclaró que los tres homicidios habían ocurrido por razones de género en un contexto de discriminación y violencia contra la mujer; de lo cual si bien no correspondía a la Corte sancionar por el contexto, de ello no podía dejar de advertir la gran importancia que este tenía para el esclarecimiento de los hechos y para las medidas de prevención que debía tomar el Estado mexicano, pues era su deber garantizar los derechos humanos cuando sus violaciones respondieran a patrones generalizados y sistemáticos²².

Los hechos en el caso del amparo en revisión 554/2013 son que una mujer de veintinueve años fue encontrada muerta en su domicilio. Al parecer, el cuerpo fue hallado por su cónyuge que se desempeñaba como agente de la policía ministerial. Los signos del deceso tenían relación con una muerte violenta, pero dentro de la averiguación previa, la línea de investigación se ciñó sobre la hipótesis de que la mujer había muerto a causa de suicidio por ahorcamiento (asfixia).

La Corte mexicana estimó que los hechos no habían sido investigados con perspectiva de género, especialmente porque no obstante que al tratarse de la muerte violenta de una mujer, en un alegado contexto personal de ser víctima de violencia por parte de su pareja, en el que incluso la madre de la víctima había denunciado que

²² Para un resumen véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva, Fernando, *Los feminicidios en Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2011.

la muerte era producto de un homicidio y no de un suicidio; lo cierto es que las autoridades investigadoras de forma indebida e injustificada habían adoptado una hipótesis de indagación que no demostraba estar dirigida de forma objetiva a averiguar la verdad de los hechos; más cuando en casos de violencia contra las mujeres resulta crucial actuar con perspectiva de género para que las autoridades no obstaculicen la posibilidad de enjuiciar y castigar a los responsables.

En ese sentido, la Corte concluyó que ante las omisiones, inconsistencias y falencias en la investigación, las cuales denotaban un intento de ocultar la verdad de los hechos, trasgredían el derecho de acceso a la justicia, aunado a que se había impedido sancionar la violencia contra la mujer en ese caso.

Entre algunas de las consideraciones de la Corte mexicana está la afirmación de que existía una estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación, en tanto que la violencia contra la mujer parte de actitudes tradicionales conforme a las cuales esta es considerada inferior al hombre, que por lo regular perpetúan prácticas violentas en su contra. De igual manera, se afirmó, de forma muy similar a lo que dijo la Corte Interamericana, que la impunidad de los delitos contra las mujeres envía un mensaje colectivo de que esa violencia es tolerada; por eso, es necesario que las autoridades actúen con determinación y eficacia para evitar en las mujeres un sentimiento de desamparo frente a sus agresores, como si el daño que se les causa no tuviera importancia alguna.

En otro punto, la Corte mexicana tocó lo relativo a que las autoridades deben investigar el femicidio con perspectiva de género, a fin de combatir los estereotipos que obstaculizan el derecho a la igualdad; de lo contrario se llega a invisibilizar a las mujeres en su situación particular.

Asimismo, tal como lo determinó la Corte Interamericana, el tribunal mexicano estableció que cuando se investigue la muerte violenta de una mujer es necesario que las autoridades tomen en cuenta cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos por razones de género para determinar si hubo un contexto de violencia, la sexual y psicosocial incluidas. Todo hallazgo sobre discriminación o móviles del delito por razones de género serán analizadas para dilucidar los hechos sobre la muerte; para lo cual jugará un papel importante el examen que se haga de la región en la que suceda el ilícito.

Por ende, indicó la Corte, en toda investigación de esa naturaleza deberá implementarse un método para verificar si existió una situación de violencia o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género, en aras de determinar la verdad histórica de lo sucedido. Finalmente, la Primera Sala puntualizó que el sistema de justicia en el que examinen problemas vinculados con la violencia y discriminación contra la mujer, debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades e impulsar un cambio cultural, en el que se logren

modificar los patrones socioculturales para fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer²³.

De lo anterior, importa que las dos Cortes tratan el tema del feminicidio como un problema que se presenta como el asesinato violento de mujeres producto de un patrón generalizado de homicidio de la mujer, por el hecho de ser mujer, en función del contexto social en donde se generan los hechos. Por ello, en su argumentación y con apoyo en las evidencias a su alcance, los dos tribunales parten de que es necesario abordar los casos de muertes violentas de mujeres, con perspectiva de género; inclusive, coinciden al señalar que las consecuencias que causa ese fenómeno cuando es desatendido por las autoridades encargadas de administrar e impartir justicia, con ello se perpetúa la impunidad y se da vigencia al mensaje simbólico de que ese tipo de eventos poco interesan en la agenda pública.

Con ello, en nuestro concepto, el tema del feminicidio es tratado con base en un razonamiento abductivo fundado en juicios intuitivos o sesgados, en tanto que los sucesos los vinculan necesariamente a la forma jerárquica en que está organizada la sociedad en que acontecieron los hechos.

En efecto, la Corte Interamericana tuvo en cuenta que los homicidios responden a una cultura en que lo femenino es visto como inferior y de continuarse con ello se afectaba a las mujeres en su noción de seguridad. Del mismo modo, consideró que las vejaciones ocurrían en un contexto de discriminación hacia la mujer; tanto era así que en las medidas de reparación el Estado mexicano debía investigar las violaciones con perspectiva de género, teniendo en cuenta los patrones generalizados y sistemáticos de subordinación femenina.

En igual sentido, la Corte mexicana señaló que la investigación de la muerte violenta de una mujer no puede desvincularse del alegado contexto personal de la víctima de haber sido violentada antes por su pareja; asimismo, explicó que ese tipo de violencia formaba parte de

²³ Del caso resultaron seis tesis aisladas. La tesis 1a. CLXIII/2015 (10a.), registro 2009081, rubro "DELITOS CONTRA LAS MUJERES. ESTRECHA RELACION ENTRE VIOLENCIA, DISCRIMINACIÓN Y SUBORDINACIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO."; la tesis 1a. CLXIV/2015 (10a.), registro 2009082, rubro "DELITOS CONTRA LAS MUJERES. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE SU INVESTIGACIÓN ESTÁN LLAMADAS A ACTUAR CON DETERMINACIÓN Y EFICACIA A FIN DE EVITAR LA IMPUNIDAD DE QUIENES LOS COMETEN."; la tesis 1a. CLX/2015 (10a.), registro 2009084, rubro "DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA. LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A ADOPTAR MEDIDAS INTEGRALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA DILIGENCIA EN SU ACTUACIÓN."; la tesis 1a. CLXII/2015 (10a.), registro 2009086, rubro "FEMINICIDIO. DILIGENCIAS QUE LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A REALIZAR EN SU INVESTIGACIÓN."; la tesis 1a. CLXI/2015 (10a.), registro 2009087, rubro "FEMINICIDIO. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO." y la tesis 1a. CLXV/2015 (10a.), registro 2009095, rubro "VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. DEBER DE REPARAR."

un patrón tradicional en que la mujer es considerada inferior al hombre; por ello, se ordenó que en adelante el delito de feminicidio se investigara en aras de combatir los estereotipos de identidad biológica imperantes en el contexto en que sucedieron. En tal virtud, también destacó que en las investigaciones debe tenerse en cuenta cualquier patrón o práctica que revele que en la comisión del ilícito hubo motivos de género por parte del agresor, por lo cual es necesario examinar los patrones de subordinación imperantes en la región en que se hubiese cometido el ilícito.

La metodología de análisis de las sentencias se encuentra auspiciada por dos tipos de sesgos: el de representatividad y el de la conjunción. El primero, porque en los razonamientos se recogen muestras de la experiencia basadas en que de acuerdo con los hechos y su contexto, al haber una arraigada cultura misógina rodeando los casos, era factible estimar que lo sucedido, tenía más probabilidad de que respondiera al patrón generalizado de ver a la mujer como un objeto del que se podía disponer, incluso de su propia vida (abducción). El segundo, debido a que era más probable también que al conjuntarse dos o más características en el contexto de los sucesos, estos pudieran servir para dilucidar sobre lo que los motivó (abducción). Así que, si en la sociedad existía una organización jerárquica, había una subordinación e imposición masculina, se reproducía un esquema simbólico-cultural acerca de que la violencia contra la mujer era tolerada y además se presentaba una cultura de silencio o inactividad por parte del Estado, de ello se seguía que fuera acertado pensar que los asesinatos ocurrían de acuerdo a la lógica cultural de género que imperaba en ese contexto social.

Los tribunales tomaron en cuenta la geografía de la subordinación, los restos antropológicos del pasado sobre los que se asumía continuaba vigente la estructura de las relaciones sociales, en el que la jerarquía se le asignaba al hombre: lo masculino era superior y lo femenino inferior. Entonces, la conjetura o explicación más probable de la que partieron los tribunales fue precisamente de que esa superioridad masculina estaba fundada en la misoginia entendida como el desprecio y odio hacia las mujeres, como columna vertebral en que se sustenta la cultura machista que derivaba en el delito de feminicidio.

Por tanto, no cabe duda de que las interpretaciones analizadas parten de la premisa en cómo se dividen los roles sexuales, acorde con la construcción cultural que del género se ha tenido tradicionalmente en México y sobre la que contemporáneamente es factible atribuir a este género-sexo una sexualidad, según las características de hombre y mujer. Así que se utiliza el determinismo biológico como punto de apoyo para dar parámetros de solución a las controversias analizadas. Se piensa que a la mujer se acompañan determinadas características y al hombre otras muy distintas.

El estándar de referencia se toma precisamente de la forma en que esas características biológicas han sido atribuidas a cada uno en sociedad. El hombre violento y criminal; dominante y misógino. La mujer abnegada y débil; silenciosa y sometida. Kitsch criminal de un contexto en el que la fuerza del rol masculino hace suponer la facilidad e intencionalidad del hombre por desvalorizar, perjudicar y agredir de forma violenta a una mujer, por ser mujer. Por tanto, no cabe duda de que las relaciones de dominación y sumisión entre hombre y mujer fueron consideradas como distinción sexuada en dichas interpretaciones.

Sin embargo, el motivo del texto no es solo hacer ese señalamiento, sino precisar que dichos sesgos no son gratuitos porque buscan lograr un cambio social, para que se modifiquen los patrones socioculturales en que se fomente la igualdad entre la mujer y el hombre. En otras palabras, por lo regular se piensa que los sesgos no pueden apoyar la toma de decisiones de un juzgador; pero, para este tipo de casos, repito, para este particular tipo de casos, su utilidad parece apropiada mediante el razonamiento abductivo frente a la apremiante necesidad de hacer frente a los reclamos de justicia. En efecto, la perspectiva de género como pauta ética de justicia busca hacer efectiva la igualdad formal, material y estructural.

Una primera línea de defensa para lograr la igualdad es que se desarraiguen del razonamiento judicial todos los estereotipos o sesgos anclados en la identidad sexo-género que la historia ha construido culturalmente, pero no por ello debe olvidarse que una segunda línea de defensa impulsa la posibilidad de tomar en cuenta esos sesgos para consolidar la igualdad, ya que en casos como el femicidio, es necesario adentrarse al caso judicial a partir de ciertas intuiciones o juicios de probabilidad sobre las personas y el contexto en que se desarrollan, para poder resolver y transformar los patrones masculinos dominantes que motivaron la comisión de dicho ilícito. Se parte del prejuicio de que los hechos se desarrollan en una cultura machista, siempre que existan pruebas de ello, para eventualmente lograr que esa cultura se vaya transformando.

Así, es razonable pensar que la interpretación de los tribunales mediante razonamientos abductivos fundados en juicios de probabilidad, tienen una razón válida para estar presentes. Así, la ruta de esos sesgos es de ida y vuelta. Es un proceso de doble vía porque los razonamientos que justificaron las decisiones parten de premisas probabilísticas basadas en que los roles sexuados que juegan las personas en determinado contexto social influyen en el modo y motivos por los que se cometió el femicidio (ida). Por eso, se exige que se recaben pruebas teniendo como hipótesis de investigación que la muerte violenta de la mujer ocurrió en razón de los patrones generalizados de misoginia. Posteriormente, una vez recabadas las pruebas, las juezas deberán ponderarlas de acuerdo con el fin para el

que fueron recopiladas; es decir, deberán valorarlas con una perspectiva de género (vuelta).

Entonces, es un mensaje interpretativo de ida en tanto que el tránsito del razonamiento viene dado por los tribunales acerca de la importancia que debe atribuirse a los roles sexuados y esto, viene de regreso, cuando en el caso que deba sancionarse directamente el delito, los jueces de instancia valoren nuevamente los mencionados roles sexuados. Así que la interpretación corre en una misma vía para dar un mensaje institucional de que ese tipo de patrones es reprochado por el Derecho y luego en su regreso, se promueve de forma más cercana y sensible ese mismo mensaje a la sociedad en específico, para mostrarles cómo el Estado en su conjunto rechaza la impunidad y sanciona la violencia contra la mujer en todas sus expresiones.

Este tipo de proceso argumentativo muestra cómo la conjetura o la explicación más probable acerca del contexto en que se ha suscitado un problema, da particular importancia a la valoración de aspectos que van más allá de la lógica, dado que centran su atención en justificar la decisión, bajo la mirada crítica y experimental del operador jurídico en función de los dos tipos de sesgos antes mencionados.

Sin duda, este tipo de razonamiento presenta algunos enredos cuando se desarrolla un escrutinio de la validez de las razones en que se sustenta la justificación. En un primer punto, se sabe que el argumento abductivo se usa para decidir qué explicación de un fenómeno debemos seleccionar cuando no disponemos de una muestra de casos concretos; o sea, en otras palabras, es la forma de contar con una mejor hipótesis explicativa. El asunto es quién decide o bajo qué criterios se asume que es la mejor hipótesis explicativa; o bien; si la experiencia del decisor acorde con el contexto del caso, muestra que conviven dos hipótesis que son igual de convincentes, cuál es el método para disipar esta cuestión.

En un segundo punto, si pensamos que un argumento razonable es aquel argumento racionalmente persuasivo, en que hay buenas razones explicativas para la persuasión; habría un límite para su evaluación, muy similar a lo que ocurre con la lógica formal; en tanto que bastaría con este aspecto instrumental, sin contar con algún otro tipo de parámetro o condiciones que aspiren a la objetividad, para evaluar no solo con probabilidades, el contexto bajo el cual se imputa una responsabilidad penal.

En un tercer punto, en cuenta de la intención del agente discursivo y su interacción con el auditorio, es evidente que los hilos del discurso entretejidos por un tema problemático en su contexto buscan justificar que el feminicidio se comete bajo un contexto machista, pero, si esta conjetura es así, hasta qué punto podría decirse y justificarse entonces un delito de esa índole, pero que no se cometa necesariamente bajo el citado contexto general de subordinación; ello, claro está, sin descartar las dificultades que supone demostrar que eso

se ha desarrollado alrededor del ilícito (argumentación en materia de hechos).

Estos son algunos de los enredos que presenta el contexto de justificación en casos en que se emplea el razonamiento abductivo para resolver una cuestión; en virtud de que, más allá de que las razones que lo sustenten gocen de un consenso razonable; los problemas surgen cuando se evalúa la justificación y, se generan varias dudas acerca de lo que esto puede acarrear para casos futuros.

Sin embargo, en contra de estos problemas, podemos encontrar al menos tres razones de fuerte contenido axiológico que permiten pensar que el razonamiento abductivo fundado en juicios intuitivos pueden justificar, al menos en una medida preliminar, el empleo de este tipo de sesgos cuando los casos que buscan resolver las juezas son del fenómeno de feminicidio, en especial por lo delicado que este tema resulta en la impartición de justicia en México y, es que, como lo indica Rita Segato, para *crímenes diferentes se necesitan protocolos de investigación diferentes*, lo cual apunta también hacia una comprensión distinta desde la judicatura para afrontar este tipo de problemas.

5.1.- En contra del silencio: Los datos duros del problema

El silencio en las cifras puede resultar bastante ruidoso. El silencio puede transfigurarse en una forma más efectiva de comunicación cuando se muestran verdaderamente los datos de lo que significa vivir en una cultura de violencia misógina. Para evitar la comodidad del silencio sin gritar, es mejor contar una a una las muertes que calladamente se han quedado sin justicia. Las estadísticas son claras sobre el incremento de atentados contra la vida e integridad física de la mujer, cuya problemática es muy preocupante para México en la actualidad.

En 2006, la Legislatura federal LIX informó los siguientes datos: Más de 6000 niñas y mujeres fueron asesinadas de 1999 a 2005. Tan solo en el 2004 fueron asesinadas 1205 niñas y mujeres; o sea solo en un año se cometieron más del 20% de los crímenes. Por su parte, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, en aquél período fueron asesinadas cuatro niñas y mujeres por día. El Estado de Veracruz presentó el más alto índice de niñas y mujeres asesinadas entre 2000 y 2005, con un total de 1494 muertes; seguido por el Estado de México con 1288 muertes y el Estado de Chiapas con 1242 decesos. El Distrito Federal no se quedó atrás con una escalada de violencia de 743 muertes de niñas y mujeres, dentro del período de 1999 a 2005.

En 2012, la Cámara de Diputados de la Legislatura LXII, en las estadísticas de feminicidio reveló que la tasa de homicidios de mujeres fue de 4.6 muertes por cada 100 mil. Asimismo, el Estado de México volvió a aparecer con el mayor número de homicidios. Los grupos de

mujeres víctimas de muertes violentas fueron mujeres jóvenes, solteras, con relación o parentesco con el victimario y sobre las que se emplearon distintas armas; además de una alta tasa de que dichos eventos ocurrieron en la vía pública.

En 2013, el Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio, en el “Estudio de la Implementación del tipo penal de femicidio en México: Causas y Consecuencias 2012 y 2013” documentó que la muerte violenta sobre mujeres se presentó a la alza con un resultado de 3892 muertes de las cuales solo el 15.75% se investigaron como femicidio. Las principales entidades que presentaron el incremento fueron: Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Guerrero, Jalisco y Estado de México. También registró que los asesinatos nuevamente eran sobre mujeres jóvenes, con bajos salarios, dedicadas a la economía informal, con limitado acceso a la educación y en espacios geográficos en que imperan altos índices de inseguridad por operaciones del crimen organizado.

En 2017, la ONU Mujeres en México publicó importantes datos sobre el femicidio en el país. Los datos muestran una cultura violenta, misógina y empobrecida de justicia, en que la mayoría de las mujeres, sin distinción de edad, han sufrido algún tipo de violencia; en especial la que ha sido calificada como la más grave calificada por el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: el femicidio, que se traduce en una extendida y arraigada forma de conservar y reproducir el sometimiento y subordinación de la mujer en las relaciones de poder. La información que brinda es sobre defunciones femeninas con presunción de homicidio.

Los datos parten de la información disponible; de ahí que en cierta medida debe existir un grado de falibilidad estadístico porque en ocasiones se desconoce la identidad del victimario o su relación con la víctima, lo que hace suponer que hay deficiencias en las investigaciones; además de que existe una actitud recurrente de las autoridades por no brindar toda la información sobre el hallazgo del crimen, al amparo de que no se cuentan con los datos desagregados o los datos son confidenciales o reservados. En fin, con esta reserva se pueden observar datos alarmantes.

De entrada se revela que en 32 años del muestreo han ocurrido 52,210 muertes de mujeres en que se presume el homicidio, de las cuales 15,535 son registradas en los últimos 6 años, entre 2010 y 2016. Las cifras más altas están en 2012 con 2,769 muertes y 2016 con 2,746 decesos. La tendencia que se observa de los registros demuestra que en 1988 y 1998 hubo una reducción con ligeros repuntes con respecto a las tasas del año anterior; sin embargo, de 2007 en adelante, cuando hasta ese momento la tasa de muertes se había reducido alrededor de la mitad (1,089 muertes que representa el 1.9 defunciones por cada 100,000 mujeres) ahora presenta un repunte del 138%; esto significa que no solo se perdieron los avances

logrados en los 23 años anteriores, sino también que ahora se incrementaron los registros a niveles que antes no se habían documentado.

El factor de incremento supone que la cifra de 2016 implica un promedio de 7.5 asesinatos de mujeres por día. La información comprende un comportamiento diferenciado no solo en el aumento de las muertes, sino también en su mayor resistencia al descenso, lo cual sugiere una conducta específica de violencia contra las mujeres, de acuerdo a las variaciones porcentuales, en particular que para los últimos años el indicador consiste en que una razón explicativa de los asesinatos de mujeres obedece al acto discriminatorio que precede a la agresión letal, en particular la denominada violencia social vinculada con el crimen organizado, cuyo fenómeno se ha agravado en México a partir de 2007.

En la geografía del femicidio derivan números de extrema preocupación. Por dar algunos ejemplos. En Colima se registra la mayor tasa de 2016 de 16.3 defunciones femeninas con presunción de homicidio por 100,000 mujeres; le sigue Guerrero con 13.1, Zacatecas con 9.7, Chihuahua con 8.8 y Morelos con 8.4. Son los primeros cinco lugares de este grupo. Por otra parte, el mayor número de defunciones anual lo tiene el Estado de México con 421, en segundo lugar viene Guerrero con 243, en tercero y cuarto está Chihuahua con 168 y 144 en la Ciudad de México.

En otra lectura, en el Estado de México han ocurrido 15% de los asesinatos de mujeres en los últimos diez años, esto resulta congruente porque es la entidad más poblada del país, además, entre 2010 y 2015 concentró 13.5% de la población femenina del país. Sin embargo, Chihuahua concentra 10.5% de las defunciones femeninas, pero solo tiene el 3% de la población en los mismos años. La revisión de las muertes ocurridas según los municipios indican en primer lugar a Acapulco de Juárez en los años 2012, 2013, 2015 y 2016; salvo en 2011 que lo registró Ciudad Juárez y 2014 cuyo diagnóstico corresponde a Ecatepec de Morelos.

Después de establecer más datos sobre el fenómeno (edades, residencia, tipo de localidad, lugar de los hechos o armas utilizadas en contra de la víctima), el documento concluye categóricamente con que *los datos dan apoyo a una hipótesis de una cultura machista que considera que los hombres son dueños del cuerpo y vida de las mujeres*. En otro apartado, se explica que es preocupante la tendencia al alza de que las defunciones fueron causadas con objetos cortantes o ahorcamiento, lo cual evidencia la misoginia que se traduce en que *no se han podido cambiar los patrones culturales que desvalorizan a las mujeres y las conciben como desechables, lo cual genera un clima*

*de permisividad social ante la violencia contra las mujeres y su expresión última, el feminicidio*²⁴.

El rasgo característico de todos los datos es que la mayoría de las muertes fueron perpetradas con violencia sobre los cuerpos de las mujeres y niñas; condición que deja ver que hay justamente un predominante patrón de misoginia de uso de la fuerza, coacción y vejación sobre determinadas mujeres (jóvenes, trabajadoras, solteras, etcétera), lo cual no es otra cosa más que una muestra representativa de cómo se llega a tratar a las mujeres en la sociedad mexicana y, sin duda esto debe ser tomado en cuenta por jueces y juezas al momento de decidir casos de esa naturaleza, pues en últimas no debe perderse de vista que dentro de ese patrón violento, la mujer es la víctima y, ocasiones, el orden patriarcal sutilmente busca difuminar la relevancia de este dato.

Rita Segato sintetiza la importancia de no olvidar quién es la víctima del feminicidio, con la siguiente reflexión: “[...] No discuto que la misoginia, en el sentido estricto de desprecio a la mujer, sea generalizada en el ambiente donde los crímenes tienen lugar. Pero estoy convencida de que la víctima es el desecho del proceso, una pieza descartable, y de que condicionamientos y exigencias extremas para atravesar el umbral de la pertenencia al grupo de pares se encuentra por detrás del enigma de Ciudad Juárez. Quienes dominan la escena son los otros hombres y no la víctima, cuyo papel es ser consumida para satisfacer la demanda del grupo de pares. Los interlocutores privilegiados en esta escena son los iguales, sean éstos aliados o competidores: los miembros de la patría mafiosa, para garantizar la pertenencia y celebrar su pacto; los antagonistas, para exhibir poder frente a los competidores en los negocios, las autoridades locales, las autoridades federales, los activistas, académicos y periodistas que osen inmiscuirse en el sagrado dominio, los parientes subalternos – padres, hermanos, amigos- de las víctimas. Estas exigencias y formas de exhibicionismo son características del régimen patriarcal en un orden mafioso [...]”²⁵

Así, los datos no solo sirven para que las juezas o jueces tomen en cuenta las variables de probabilidad numérica cuando resuelvan casos de feminicidio; sino también constituye una oportunidad para comprender cuáles son las zonas geográficas donde las mujeres están en mayor riesgo de morir por el hecho de ser mujeres y, en ese sentido, se provean las solicitudes de medidas cautelares ante las autoridades judiciales, con el fin de evitar los decesos violentos²⁶.

²⁴ ONU Mujeres, *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1986-2016*, México, INMUJERES-SEGOB, 2017, pp. 17-40.

²⁵ Segato, Rita, *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado*, México, Ed. Tinta Limón, 2006, pp. 25-27.

²⁶ En las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en México del 52º Período de Sesiones en 2012, en el punto 19 el

5.2.- La necesidad de disminuir el cautiverio y el sufrimiento

De antaño, las personas se han dotado de elementos materiales, intelectuales e institucionales para intentar paliar y controlar el sufrimiento. El intento es protegerse a sí mismas de lo que ellas mismas son capaces de hacerse. Se busca evitar que en las sociedades se normalice el sufrimiento y el dolor. Una de las formas que en algún sentido han resultado más eficaces es la normativa. Por eso, el orden jurídico no es ajeno a disciplinar y evitar la violencia, la explotación y el sufrimiento.

Uno de sus objetivos es esperar tener un derecho a cambio de la causación del dolor. Para ello, las decisiones jurídicas constituyen el método idóneo para identificar qué sufrimientos son relevantes para la vida de las personas y qué efectos deben producir para resarcirlos (compensarlos) o evitarlos (medirlos). En este sentido, Salvatore Natoli, recuerda Ferrajoli, propuso repensar el Derecho sobre la base de sus nexos con el dolor, en cuanto cura y en cuanto sanción. El dolor infligido causado por las personas es un mal cuya eliminación o reducción, reconoce Natoli, está es la razón o justificación del Derecho²⁷.

Uno de esos sufrimientos, lo constituye la minimización que han impuesto los sistema de dominación a los padecimiento de derechos que sufren las mujeres, ya que en lugar de garantizárseles una cuota de protección en igualdad de condiciones, lo que se ha hecho es dejar un tránsito abierto para que ese sufrimiento continúe vigente en ciertos contextos²⁸.

El moderno Estado constitucional del Derecho supone una forma, a través de los derechos fundamentales, sostiene Ferrajoli, de exclusión o reducción del dolor infligido, en particular los derechos de libertad que consisten en inmunidades de lesión²⁹. Por ello, en cierto aspecto se precisa de razonamientos abductivos como los explorados,

Comité recomendó al Estado parte: “[...] d) Garantizar el acceso de las mujeres a la justicia, entre otras cosas, mejorando la capacidad de los centros de justicia para las mujeres y poniendo estos centros al alcance de las mujeres y las niñas que son víctimas de la violencia [...] e) Adoptar medidas para mejorar los servicios de apoyo para las mujeres y las niñas que son víctimas de violencia, entre otras cosas, garantizando su acceso a centros de atención y refugios establecidos y, también garantizando que los profesionales de la educación, los proveedores de servicios de salud y los trabajadores sociales estén plenamente familiarizados con la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005 para la prevención de la violencia contra las mujeres y el trato de las víctimas, que estén sensibilizadas sobre todas las formas de violencia contra las mujeres y sean plenamente capaces de ayudar y apoyar a las víctimas de la violencia [...]”

²⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y dolor”, *Doxa Isonomía*, núm 27, 2007, p. 195.

²⁸ Véase Madrid, Antonio, *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid, Ed. Trotta, 2010.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, p. 195 y 196.

cuyo fundamento en la probabilidad e intuición y con apoyo en evidencia suficiente, impulsen el desarrollo de interpretaciones jurídicas hacia ese sentido por parte de los tribunales, en tanto que su legitimación está fincada en la justa aspiración colectiva de las mujeres por alcanzar una amplia garantía de sus libertades individuales y que, en ese sentido, se logre reducir el sufrimiento del que son víctimas, tanto en lo específico como en lo general.

El carácter aflictivo del Derecho también se ha encontrado en diversos mecanismos jurídicos de otras latitudes. Por ejemplo, en Norteamérica el *social injury* representa un mecanismo a partir del cual se puede dar cuenta de los daños, ofensas o sufrimientos que tienen que ver con las mujeres como grupo subordinado³⁰.

El asunto es que el Derecho sirva para reducir el dolor y el desconcierto. Sacar del cautiverio a la mujer³¹. Solo poniendo el dedo en la llaga, al mencionar y hacer visibles los estereotipos partiendo de hipótesis como las descritas, es posible que la historicidad de la mujer se extrapole de que su identidad sea considerada desde un enfoque misógino. Es la ruta de doble vía. La ruta de ida porque al fincarse el análisis en su contexto machista, los razonamientos intuitivos muestran claramente cómo se vive y se desarrolla la problemática del feminicidio. La ruta de regreso tiene el efecto de que una vez tomado en cuenta el contexto estereotipado del problema, se busque proteger a las mujeres frente a la amenaza o riesgo de ese delito; o en su defecto, reparar la violación de derechos.

El camino de regreso busca entonces generar espacios de libertad para eliminar paulatinamente el dolor y sufrimiento que aqueja a las víctimas de muertes violentas de mujeres; en lo cual, además es

³⁰ Véase Howe, Adrian, "The problem of privatized injuries: Feminist strategies for litigation", en Fiman, M. y Thomadsen, N. (coords.), *At the boundaries of law*, London, Ed. Routledge, 1991.

³¹ El cautiverio de la mujer es una categoría de análisis antropológico que permite identificar cómo los rasgos diferenciales de la mujer han sido sujetos a interpretaciones tradicionales que por la condición específica de feminidad la ha oprimido y marginado en la historia. Marcela Lagarde lo sostiene del siguiente modo "[...] En contradicción con la concepción dominante de la feminidad, las formas de ser de la mujer en esta sociedad y en sus culturas, constituyen cautiverios en los que sobreviven creativamente las mujeres en la opresión. Para la mayoría de las mujeres la vivencia del cautiverio significa sufrimiento, conflictos, contrariedades y dolor, pero hay felices cautivas. En otras palabras, la felicidad femenina se construye sobre la base de la realización personal del cautiverio que, como expresión de feminidad, se asigna a cada mujer. De ahí que, más allá de su conciencia, de su valoración y de su afectividad y, en ocasiones en contradicción con ellas, todas las mujeres están cautivas por el solo hecho de ser mujeres en el mundo patriarcal. Desde una perspectiva antropológica, he construido el cautiverio como síntesis del hecho cultural que define el estado de las mujeres en el mundo patriarcal. El cautiverio define políticamente a las mujeres, se concreta en la relación específica de las mujeres con el poder y, se caracteriza por la privación de la libertad, por la opresión [...]" Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, Ed. Siglo XXI, 2010, pp. 36-38.

necesario hacer conscientes a las mujeres y hombres de las relaciones sexuales en las que están inmersos con el objeto de frenar cualquier tipo de amenaza o riesgo latente y, también desarraigar dichos estereotipos mediante su visibilidad, para comenzar a modificar los patrones culturales que impulsan e incrementan esta sensible problemática.

En las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer del 52º período de sesiones, rendidas el 7 de agosto de 2012 sobre la situación de México, se mencionó claramente la preocupación de que los altos niveles de inseguridad y violencia en el Estado parte no se limitaban a la lucha de la delincuencia organizada, sino que esto afectaba de manera negativa a la población, en especial a las mujeres, dado que se habían intensificado las pautas existentes de discriminación y violencia basadas en actitudes patriarcales que minimizaban el fenómeno y lo hacían invisible.

Por ello, en el punto 12.b) se exhortó al Estado mexicano para que invirtiera los efectos negativos de la estrategia de seguridad, con el objeto de prevenir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, las desapariciones forzosas, las torturas y los asesinatos, en particular el feminicidio; así como investigar, enjuiciar y sancionar a los autores de los delitos, al igual que proporcionar reparación a las mujeres víctimas de la violencia.

De tal manera, un buen remedio para señalar cómo las condiciones y situaciones en que se desarrollan las mujeres afectan sus derechos es demostrar en lo específico que la impunidad no es una opción en un Estado respetuoso de los derechos humanos; lo cual se logrará cuando el precio del dolor consigne una restauración. Esto quiere decir que el mensaje sirviéndose de la base de los estereotipos, es que estos hechos violentos no son tolerados en un Estado constitucional de Derecho.

Su finalidad además de dar seguridad a las mujeres, tiene como consecuencia ejemplificar, de forma pedagógica y preventiva, cuál es el gravoso efecto de asesinar por razones de género, no solo por enjuiciar y sancionar dicho crimen desde una plataforma de pensamiento en que la discriminación es algo inadmisibile y altamente costoso para la libertad de todos; sino también en forma anticipada con la aplicación de órdenes de protección en el plano estatal.

Respecto de lo cual, en el punto 15.c) el citado Comité ha recomendado que las autoridades sean conscientes de la importancia de emitir órdenes de protección para las mujeres que se enfrentan a riesgos, por lo que se deben adoptar las medidas necesarias para mantener la duración de las órdenes de protección hasta que la víctima de la violencia deje de estar expuesta al riesgo; el estado de conciencia del que habla el Comité, se logra precisamente cuando al decidir, la autoridad tiene un conocimiento documentado de la situación en que acontece la problemática y, esto le facilita anticipar los juicios intuitivos

o probabilísticos que importan para considerar los riesgos para la mujer en contextos misóginos.

Ello, para evitar justamente que se repita la preocupación manifiesta del Comité en su punto 17, de los cada vez más elevados números de feminicidio cometidos en varios Estados, como Chiapas, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Estado de México, Veracruz y Quintana Roo, al igual que en lugares como la Ciudad de México y Ciudad Juárez. De modo que este trabajo convoca a las juezas y jueces para participar en un proceso dialéctico con la sociedad, para comprender nuevas construcciones de identidad de la mujer y lograr la desestructura patriarcal de los contextos y regiones en que acontecieron los delitos de feminicidio.

5.3.- La temporalidad como vocación transformadora

El artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados deben tomar todas las medidas para *modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.*

Por otra parte, en México la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en su artículo 21 define a la violencia feminicida como la *forma más extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.*

Es importante señalar que el artículo 5, fracción XI de la citada legislación explica que la misoginia es una conducta de odio hacia la mujer y se manifiesta en actos violentos y crueles contra ella por el hecho de ser mujer.

La ONU Mujeres considera que el homicidio por razones de género es aquél que se realiza con dolo misógino, una expresión de la violencia en contra de la mujer, por el solo hecho de ser mujer. Los datos revelan, dice la ONU, *la necesidad urgente de promover cambios culturales en la población mexicana, de tal manera que se puedan lograr reducciones en los homicidios de mujeres adultas mayores en la vivienda*³².

Las disposiciones y observación de la ONU suponen entender que el feminicidio se desarrolla en contextos misóginos, en que la radicalización cultural de las diferencias biológicas entre los sexos presentan órdenes jerarquizados de importancia social entre hombres

³² ONU Mujeres, *Op. Cit.*, p. 47.

y mujeres, cuya transformación exige revertir la constante subordinación a la que se sujetan las mujeres en esos casos y, también procurar que se elimine la carta de naturalización concedida a las dolorosas prácticas de dominación que parecen suponer una verdad consustancial en las relaciones de las personas.

La abducción en los términos de probabilidad y creatividad no busca generar presunciones discriminatorias; su función es señalar las condiciones imperantes de discriminación, para que la valoración de las pruebas se desarrolle con miras a entender el contexto en el que sucede la violencia feminicida. Así, frente a la dificultad procesal de demostrar el feminicidio y la casi imposible tarea de dar por sentado que en todos los casos se podrá descifrar el pensamiento e intenciones bajo los cuales actuó el sujeto activo; la labor abductiva surge como una herramienta útil que debe circunscribirse en cada caso, para ponderar las circunstancias concretas que rodean al feminicidio; en caso contrario, será altamente improbable demostrar que la acción ocurrió dentro de un contexto misógino.

Hablar de las dificultades que resultan desde la dogmática penal para el delito de feminicidio podría llevar a muchas discusiones, por ejemplo, desde si la estructura que lo conforma solo está dirigido a que las razones de género que lo motivan sea en perjuicio de mujeres y, con ello se excluyen a otros sujetos discriminados por las mismas razones de género, como pueden ser las personas transexuales; o bien, si el tipo penal abarca otros delitos para su actualización, por ejemplo, la violencia intrafamiliar y, las complicaciones que ello causa a la fiscalía para demostrarlos; hasta el gran dilema de definir qué son lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes para cumplir con el principio de taxatividad.

Sin restar importancia a todas estas cuestiones, la reflexión que convoca consiste en ver el enfoque penal desde una noción funcionalista, más que encerrar el debate en la dogmática penal tradicional; en tanto que la regulación del delito está asociada a la prevención general del delito y, a la intención de cuestionar todas aquellas permisiones en las conductas masculinas que polarizan a una sociedad desigual que reproduce una lógica cultural de opresión y violencia hacia la mujer.

Así, la visión explicativa que proporciona la abducción para este delito en particular es un recurso crítico del estereotipo pero con una vocación transformadora, ya que busca reconstruir los esquemas mentales desde lo más simbólico de la violencia³³, cuya imagen de

³³ Pierre Bourdieu al respecto de los mensajes simbólicos señala “[...] el orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya: es la división sexual del trabajo, distribución muy estricta de las actividades asignadas a cada uno de los dos sexos, de su espacio, su momento, sus instrumentos [...]” Para Bourdieu no es posible ver la relación de dominación, cuando justamente dicha relación es la que consigue imponer e inculcar a las mujeres las características negativas que se les imputan como propias de su

poder-sumisión sobrevalora la categoría de masculino, por encima de lo femenino. Es preciso hacerlo porque si la reflexión se detiene solo en la dogmática penal y no se razona desde el estereotipo, no solo habrá obstáculos para prevenir y reparar los feminicidios, sino que podría resultar que nunca se aplique dicho tipo penal por los operadores jurídicos.

Este ejercicio argumentativo puede entenderse cobijado por el principio de igualdad material, en la medida en que es un recurso para que el Estado mediante un tipo de razonamiento distinto, cuya justificación encuentra asidero en el particular contexto que envuelve al problema del feminicidio; pueda responder a los contextos de disposición física, emocional o sexual de los hombres hacia las mujeres, bajo la infiltrada idea de dominación, superioridad o instrumentación hacia ellas; pues, como se ha dicho, si el feminicidio prescinde de este análisis, será muy difícil acreditar que los hechos suceden en las especiales circunstancias de un entorno misógino, cuando justamente la razón en que descansa el delito está en la hostilidad hacia la concepción del género femenino, de modo que una manera eficiente de encontrarla es razonando desde los contextos.

Las dos sentencias analizadas se enmarcan en la propia vocación transformadora de eliminar el contexto y patrones culturales dentro del cual se suscitaron los feminicidios. Como se sabe, las sentencias reparadoras en materia de derechos humanos buscan una transformación. Son medios para contener la violación de derechos, pero también para prevenir en un futuro que ese tipo de acontecimientos se vuelvan a repetir. Se trata de medidas estructurales que son destinadas a las causas o factores de las violaciones, para impedir su reaparición o multiplicación futura³⁴. Por lo regular, las medidas de reparación son de carácter temporal hasta en tanto se remuevan las prácticas sociales que repercutieron en las violaciones de derechos.

Lo mismo sucede con esta propuesta. Busca eliminar la discriminación y violencia que sufren las mujeres. Su finalidad pretende señalar las prácticas que avergüenzan de forma transgeneracional a la sociedad. Los cambios exigen consolidar nuevos modos de pensamiento, para superar el paradigma del determinismo biológico; para lo cual es necesario también comprender que, como dice Marta Lamas, las características humanas consideradas como femeninas son adquiridas por las mujeres mediante un complejo

naturaleza. Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2003, p. 22 y 46.

³⁴ Véase García Ramírez, Sergio y Benavides, Marcela, *Reparaciones por violaciones de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, México, Ed. Porrúa, 2014.

proceso individual y social, en vez de derivarse naturalmente de su sexo³⁵.

Entonces, es útil el empleo de la abducción en las interpretaciones, al darnos cuenta de que es mejor contar con juicios intuitivos que excluirlos del debate argumentativo, pues con esta opción lo único que se podría pronosticar es que no habría modo ni siquiera cercano para comenzar con el cambio cultural, en aras de modificar los patrones socioculturales que imperan entre la mujer y el hombre.

Excluir estas herramientas daría lugar a que, como dice MacKinnon, el derecho está muy lejos de ser algo inútil, ya que este puede utilizarse como estrategia de legitimación de nuevas pretensiones y de nuevos principios, como lenguaje para la reconstrucción de trozos de realidad desde el punto de vista de las mujeres³⁶. En conclusión, puede afirmarse que la única forma de destruir verdades absolutas es narrándolas para evitar volver a caer en ellas y eso solo puede lograrse si se entiende que los sesgos empleados en el razonamiento judicial constituyen una forma idónea para del relato del estereotipo partir hacia su eliminación.

6.- CONCLUSIONES

Los cambios y contingencias en la historia de la ciencia muestran que los juicios de probabilidad utilizados mediante el razonamiento abductivo son útiles en la toma de decisiones sobre determinados problemas y contextos sociales. Así, los sesgos cognitivos suelen emplearse en el razonamiento judicial para casos muy específicos, dado que orientan a las juezas o jueces en función de los datos que han acumulado por su experiencia. De lo anterior, hay dos ejemplos en la jurisprudencia mexicana e interamericana en las que se ha tratado el problema del femicidio en México.

La justificación de esta herramienta se encuentra en la necesidad de transformar los patrones culturales de misoginia y en evitar más muertes de mujeres. La importancia que motiva esta preocupación lo revela la ONU en el documento de Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, cuando establece que han existido avances en la legislación mexicana para prevenir y encarar la violencia contra la mujer; sin embargo, sigue siendo un problema que la ley no se aplique plena y eficazmente. Por eso recomienda que *debe hacerse mayor hincapié en la prevención para complementar más eficazmente las leyes, las políticas y los*

³⁵ Lamas, Marta (comp.), "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género", en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 327.

³⁶ Véase Mackinnon, Catherine, "Feminism, marxism, method and the state: toward feminist jurisprudence, *Signs*, University of Minnesota Law School, vol. 8, summer 1983, pp. 635.658.

*programas mejorados, así como su aplicación, supervisión y evaluación*³⁷.

En adición, la ONU considera que *a fin de eliminar la violencia contra la mujer, los Estados no solo deben castigar a los perpetradores, sino adoptar también medidas de prevención*. [Para lo cual] es necesario involucrar a todos los interesados para cambiar mentalidades que aprueban la violencia contra las mujeres y perpetúan la desigualdad entre los géneros³⁸; entonces, para imponer consecuencias y generar cambios, hay que señalar las causas que motivan esos hechos y, de esa manera, encarar los estereotipos desde su raíz, para aumentar la conciencia de los patrones que perpetúan la violencia contra la mujer.

Las fronteras de discusión de este tema distan mucho de ser encontradas. La propuesta central del trabajo indica que si el énfasis no está colocado en los síntomas de la violencia y sus causas profundas de arraigo en la sociedad, entonces, muy poco se podrá hacer para frenar las violaciones producto de un patrón y penetración de una cultura machista que normaliza una forma de desigualdad institucionalizada. La implementación efectiva del delito de feminicidio depende de sensibilizar a los jueces y juezas desde un enfoque distinto de razonamiento, para evitar la inadvertida transmisión generacional de la misoginia. El debate no acaba, pero el texto finalmente, lo único que plantea es dar una vuelta más a la tuerca desde el esfuerzo argumentativo y, no retroceder ni aflojar en los avances que con ello se pueda obtener. La idea es eliminar cualquier probabilidad de retroceder en el camino avanzado hasta hoy.

Así, por muy diabólico que parezca, en los términos que indica Foucault, el Estado no hace las veces solo de infractor, sino también del que exige la reparación³⁹; esta reparación que en futuro apunta precisamente a la transformación, desde una comunidad de diálogo que en potencia exige una intervención colectiva frente a la arbitrariedad para superar la frontera del primer y último tipo de colonialismo que sucede a través del cuerpo de la mujer.

En conclusión, la vocación transformadora tiene como horizonte superar la *dueñidad* a la que se refiere Rita Segato, bajo la cual se ampara una pedagogía de la crueldad fundada en la mayor expresión del poder patriarcal, en donde gravita como última frontera de colonización, la corporeidad de la mujer, pues desde esa dimensión la mujer es expropiada del control de su propio cuerpo y, representa un acto de crueldad total de reducción de su soberanía, cuando la voluntad y defensa del cuerpo femenino se ha rebasado por el aniquilamiento,

³⁷ Véase el documento A/65/208 sobre Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer rendido en el 65 ° Período de Sesiones en 2010, por la Asamblea General de Naciones Unidas.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Op. Cit., p. 80.

el desecho y la imposición⁴⁰. Así, frente a esa *dueñidad*; en donde los unos pretenden ser los dueños de los otros, debe prevalecer la resistencia a pensar que la justicia no podrá llegar y habrá que sentarse a negociar; sin embargo, para que ello suceda, entonces la judicatura debe desempeñar una vigilancia crítica, permanente y activa desde lugares inexplorados que ofrece la argumentación jurídica.

7.- REFERENCIAS

ALCONCEBA, Amparo y QUISPE, Florabel (coords.), *Femicidio. El fin de la impunidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel, 2006.

BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2003.

CHORODOW, Nancy, *The reproduction of mothering: psychoanalysis and the sociology of gender*, Berkeley, Ed. University of California Press, 1978.

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de género*, Colombia, Ed. Profamilia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y dolor", *Doxa Isonomía*, núm 27, 2007, pp. 195-204.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo y SILVA, Fernando, *Los feminicidios en Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2011.

FEYERABEND, Paul, *Tratado contra el método*, México, ed. Red, 1993.

FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, México, Ed. Tusquets, 2009.

_____, *La inquietud por la verdad. Escritos sobre la sexualidad y el sujeto*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2013.

_____, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2011.

GADAMER, Hans-Georg, *Los caminos de Heidegger*, Barcelona, Ed. Herder, 2002.

_____, *Verdad y método II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1977.

GARCÍA Ramírez, Sergio y BENAVIDES, Marcela, *Reparaciones por violaciones de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, México, Ed. Porrúa, 2014.

GILLIGAN, Carol, *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1982.

⁴⁰ Segato, Rita, *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado*, Op. Cit., pp. 11-51.

GONZÁLEZ Lagier, Daniel, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)", *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 35-51.

GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

HAWKING, Stephen, *Historia del tiempo*, México, Ed. Diana, 1998.

HORNER, Bryan, *The present state of scholarship in historical and contemporary rhetoric*, Columbia, Ed. University of Missouri Press, 2010.

HOWE, Adrian, "The problem of privatized injuries: Feminist strategies for litigation", en FIMAN, M. y THOMADSEN, N. (coords.), *At the boundaries of law*, London, Ed. Routledge, 1991.

KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Choices, values and frames*, Nueva York, Ed. Cambridge University Press, 2000.

KUHN, Thomas, *La función del dogma en la investigación científica*, Valencia, Ed. Teorema, 1979.

LAGARDE, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, Ed. Siglo XXI, 2010.

LAMAS, Marta (comp.), "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género", en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 327-366.

MACKINNON, Catherine, "Feminism, marxism, method and the state: toward feminist jurisprudence", *Signs*, University of Minnesota Law School, vol. 8, summer 1983, pp. 635-658.

MADRID, Antonio, *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid, Ed. Trotta, 2010.

McCLURE, Kirstie, Conferencia: *Il femminismo made in USA*, Bologna, 26-28 noviembre, 1993.

MENDOZA, Katherine, *Delitos cometidos por condición de género ¿femicidio?*, México, Ed. UBIJUS, 2010.

MINOW, Martha, *Making all the difference*, Ithaca, Ed. University of Cornell Press, 1990.

MOSKOWITZ, Gordon, *Social cognition understanding self and others*, Nueva York, Ed. Guilford Press, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Ed. Sarpe, 1984.

ONU Mujeres, *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1986-2016*, México, INMUJERES-SEGOB, 2017.

OLSEN, Frances, "Feminism and critical legal theory: an american perspective", *The international journal of the sociology of law*, 18/2, 1990, pp. 199-215.

PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

PLATÓN, *Diálogos*, México, Ed. Porrúa, 2007.

POPPER, Karl, *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la lógica de la investigación científica*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1998.

RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1991.

SEGATO, Rita, *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado*, México, Ed. Tinta Limón, 2006.

SMART, Carol, *Feminist and the power of law*, London, Ed. Routledge, 1989.

_____, "La teoría feminista y el discurso jurídico", en BIRGIN, Haydée, *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000.

VEGA, Luis, *La fauna de las falacias*, Madrid, Ed. Trotta, 2013.

WINTGENS, Luc, "Jurisprudencia como nueva teoría de la legislación", *Doxa Isonomía*, núm 26, 2003, pp. 261-289.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Ed. Crítica, 2008.

FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL, VIOLENCIA Y MASCULINIDAD HEGEMÓNICA*

PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW, VIOLENCE AND HEGEMONIC MASCULINITY

Jose Antonio García Sáez**

RESUMEN: La violencia es considerada a menudo un elemento consustancial al ámbito internacional: algo que el derecho internacional puede quizá reducir pero no eliminar completamente. Este trabajo se hace eco de las críticas feministas al derecho internacional poniéndolas en relación con los conceptos elaborados por los estudios sobre masculinidades. Que el derecho internacional sea una disciplina históricamente manejada por hombres encuentra su proyección sobre cinco ámbitos: 1) el concepto de estado en tanto que actor principal del derecho internacional, 2) el sistema de fuentes, en particular, los tratados internacionales; 3) la aplicación de las normas internacionales a través de tribunales o paneles de arbitraje; 4) la importancia de la guerra y 5) la doctrina de la *responsabilidad de proteger*.

ABSTRACT: *Violence is often seen as an inherent element in the international arena: something that international law can perhaps reduce but not eliminate completely. This work echoes feminist critiques of international law by putting them in relation to the concepts elaborated by studies on masculinities. That international law is a discipline historically handled by men finds its projection on five areas: 1) the concept of state as the main actor of international law, 2) the system of sources, in particular, international treaties; 3) the application of international standards through courts or arbitration panels; 4) the importance of war and 5) the doctrine of the responsibility to protect.*

PALABRAS CLAVE: filosofía del derecho internacional, estudios sobre masculinidades, violencia, relaciones internacionales, pacifismo jurídico

KEYWORDS: *philosophy of international law, masculinity studies, violence, international relations, legal pacifism*

Fecha de recepción: 29/03/2019

Fecha de aceptación: 17/04/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4836>

* Versiones preliminares de este texto han sido presentadas en XXVIII Congreso IVR en Lisboa (julio de 2017) y en el Seminario de Teoría Crítica de la Universidad Carlos III (mayo de 2018). Agradezco muy sinceramente todas las críticas y comentarios que han contribuido a su mejora.

** Profesor Ayudante Doctor de Filosofía del Derecho, Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia. E-mail: j.antonio.garcia@uv.es

*"La escena era arrolladoramente masculina: todos los jueces, todos los acusados y todos los fiscales eran varones. Las únicas mujeres eran las taquígrafas y las traductoras [...] y algunas periodistas y escritoras"*¹.

1. FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y ESTUDIOS SOBRE MASCULINIDADES

La esfera de las relaciones internacionales ha sido históricamente un ámbito de violencia. El desarrollo del moderno derecho internacional acontecido en los últimos 150 años únicamente ha conseguido limitar muy parcialmente esta pulsión violenta. El derecho internacional —idea que podemos aplicar al propio concepto de derecho en general— se ha debatido entre una doble naturaleza: por un lado, el objetivo ideal de servir como un instrumento al servicio de la paz y, por otro lado, el de ser la herramienta utilizada por quienes detentan el poder. ¿Qué duda cabe de que las normas jurídicas pueden ser invocadas tanto para sustentar los más nobles fines de la humanidad como para dar cobertura a las peores atrocidades?

Hablaré aquí de la filosofía del derecho internacional² como una vertiente la filosofía del derecho que nos permite pensar los fenómenos que tienen que ver con el ámbito internacional, que tiende puentes entre la disciplina de la filosofía del derecho y entre el derecho internacional público. Como cualquier estudio *de frontera*, que pretende acercar disciplinas diferentes y que, a su vez, se ve obligada a explorar los límites de las mismas, me parece que una filosofía del derecho internacional crítica y comprometida debe atreverse a buscar intersecciones entre su objeto de estudio y otras materias y metodologías. Incluso ante aquellas que en una primera aproximación parezcan tan incompatibles como el agua y el aceite. Ese puede ser el caso con el derecho internacional y los llamados estudios sobre masculinidades. Trataré de establecer en este primer apartado los términos de la intersección que planteo trabajar para, a continuación, mostrar cinco áreas del derecho internacional sobre las que puede ensayarse su interrelación, proyectándola de forma particular sobre el fenómeno de la violencia.

Hay que dejar apuntado que los estudios sobre masculinidades son, a su vez, un campo académico interdisciplinar. Dentro de él han destacado las aportaciones provenientes de la sociología, la antropología o la psicología, predominantemente enfocadas desde una óptica crítica que ha asumido buena parte de la teoría y la

¹ Sands, 2016: 395, refiriéndose a la escena de los juicios de Nuremberg.

² En el ámbito académico anglosajón la expresión se viene usando desde hace algunos años (Besson y Tasioulas 2010, o Carty, 2007). En lengua española también podemos encontrar la expresión en García Pascual, 2015; o García Sáez, 2016.

metodología feminista —particularmente influyentes han sido el feminismo de la diferencia y la teoría *queer*—. Como campo con un objeto de conocimiento definido, suele reconocerse que los estudios sobre masculinidades encuentran su momento fundante en la obra de R. W. Connell, *Masculinities*, publicada originalmente en 1995, y en segunda edición en 2005. En esa obra Connell desarrolla la idea de *masculinidad hegemónica*, que luego ha sido clave en los estudios sobre masculinidades. En líneas generales, entendemos que la hegemonía se refiere a una dinámica cultural a través de la cual un grupo mantiene una posición de liderazgo social, siendo esta posición presentada como natural, sin que pueda existir ninguna alternativa viable. De ahí que Connell defina la masculinidad hegemónica como “la configuración de una práctica de género que encarna la respuesta comúnmente aceptada al problema de la legitimación del patriarcado, y que garantiza (o da por garantizada) la posición dominante de los hombres y la subordinación de las mujeres” (2005: 77).

A los efectos de lo aquí se pretende mostrar, otra constatación importante ofrecida por Connell es que la construcción de la masculinidad no únicamente impacta en la forma en la que los hombres configuran individualmente su personalidad, sino que sus efectos también se dejan sentir en los ámbitos institucionales (2005: 258). En consecuencia, las instituciones internacionales no son ajenas a las dinámicas de la masculinidad. Incluso, como ha afirmado Hooper, la política internacional sería un lugar elemental para la producción de las masculinidades (2001: 77).

Las críticas feministas al derecho internacional, por su parte, se empezaron a plantear con fuerza en los años 90. Un trabajo fundamental fue el artículo de Hillary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright titulado “Feminists Approaches to International Law” (1991). Este artículo abrió un campo interesantísimo de estudio todavía susceptible de ser ampliado. En el libro *The boundaries of International Law* (2000) Charlesworth y Chinkin han mostrado de forma convincente que el derecho internacional no solo reproduce roles y estereotipos de género, sino que también contribuye a consolidarlos: “el sistema simbólico y la cultura del derecho internacional están permeados por valores de género” (2000: 50). Para ser conscientes de esta realidad no solamente hay que atender a lo explícito, a lo que vemos escrito, sino también a lo implícito: “los silencios de una disciplina son tan importantes como sus normas positivas y sus estructuras retóricas” (49). En este sentido, desde el marco de un enfoque positivista (D’Aspremont, 2011; García-Salmones, 2013) y liberal como el que ha predominado en el derecho internacional, resulta metodológica e ideológicamente imposible abordar estas cuestiones. Sería necesario para ello replantear los confines que separan el derecho internacional y las relaciones internacionales, como ha tratado de hacer Martti Koskeniemi (2011), sin que tal operación implique en absoluto negar el valor del derecho como marco normativo, como el terreno de juego donde se

debe llevar a cabo la política y que permite asegurar unas mínimas condiciones de igualdad e imparcialidad (von Bernstorff, 2010: 268).

Aunque es del todo necesario fijarse en cómo la construcción del moderno derecho internacional se ha realizado al margen —y aun *en contra*— de las mujeres, cabe también interesarse por las implicaciones que tiene hablar del carácter masculino del derecho internacional. Extrapolando la famosa frase de Simone de Beauvoir al género masculino: el hombre no nace, se hace. El sistema de sexo-género construye la identidad masculina tanto como la femenina. En esa medida, las conductas atribuidas a lo masculino por contraposición a lo femenino pueden ser entendidas como artificiales: social y culturalmente construidas y, por lo tanto, susceptibles de ser modificadas. La hipótesis sería entonces que un cambio profundo en los discursos y prácticas de la masculinidad, un cuestionamiento de los atributos impuestos por la masculinidad hegemónica, sería susceptible de provocar cambios sustanciales en derecho internacional. Cambios en el sentido de impulsar definitivamente la pulsión pacificadora del derecho sobre las relaciones internacionales, al permitir desentrañar los condicionantes de género que callada pero determinadamente le vienen afectando desde su fundación.

En su artículo “Women’s September 11th” Catharine MacKinnon (2006) señala de forma clara cómo es posible que el derecho internacional haya reaccionado tan rápidamente ante los atentados del 11 de septiembre, superando muchos de los tradicionales límites impuestos por las normas que regulan los conflictos armados, y que, en cambio, siga reaccionando de forma extraordinariamente lenta y sesgada para hacer frente a la violencia contra las mujeres. La comparación entre el número de mujeres víctimas de la violencia machista y el número de víctimas de la violencia terrorista —que es también una violencia fundamentalmente masculina (Bacete, 2017: 274)— resulta odiosa, y más si la ponemos en contraste con las reacciones que despiertan en los poderes públicos y, en general, en la comunidad internacional: tibias, incoherentes y vaciantes respecto de lo primero; pero contundentes, sin fisuras y decididas respecto de lo segundo.

Aquejado como se encuentra el derecho internacional por una marcada tendencia hacia la fragmentación (ONU, 2006), los enfoques feministas han conseguido logros importantes en algunos ámbitos, como el derecho internacional de los derechos humanos —la perspectiva transversal de género se implementa hoy regularmente por los distintos órganos del sistema de Naciones Unidas y por los sistemas regionales—, el derecho internacional humanitario (Sánchez Muñoz, 2019), el derecho penal internacional (desde Ruanda y Yugoslavia en adelante se toman en cuenta los crímenes de naturaleza sexual como crímenes de guerra), e incluso el llamado derecho internacional post-conflicto (Vanyó Vicedo, 2016).

Pero lo que interesa en este caso no son tanto los distintos *ordenamientos fragmentarios*, sino el propio concepto de derecho

internacional. O, si queremos, el núcleo duro del derecho internacional. Es decir, aquel conjunto de reglas que ordenan las relaciones entre los estados soberanos y que básicamente responderían a dos preguntas elementales: ¿cuáles son las obligaciones de unos estados con otros? y ¿qué sanción merece el incumplimiento de esas obligaciones? Sostendré —sin ninguna pretensión de originalidad— que el conjunto de reglas que atañen a esas dos preguntas todavía ha sido poco alterado por la crítica feminista. El derecho internacional, por lo tanto, sigue reflejando, conservando y reproduciendo una estructura patriarcal. Se trata de una estructura construida por y para los hombres, y que, sin embargo, ha procurado presentarse por todos los medios posibles como un sistema objetivo, neutral, racional y universal.

Desde el momento en que la crítica feminista ha puesto seriamente en cuestión esas características de objetividad, neutralidad, racionalidad y universalidad, podemos empezar a decir, con Charlesworth (2002: 93), que *el derecho internacional tiene género*, y que ese género no es otro que el masculino. Basta con pensar las veces que en los manuales se recurre a la imagen del *acuerdo entre caballeros* para explicar los tratados internacionales, o lo familiar que resulta la afirmación de que el derecho internacional es un *gentle civilizer of Nations* (Koskenniemi, 2001). Esa *masculinidad*³ del derecho internacional es la que me gustaría poner en relación con el hecho de que el mundo de las relaciones internacionales sea un mundo en el cual la violencia tiene reservado todavía un papel muy relevante.

Para entender el mundo no podemos limitarnos a las cuestiones de género. Pero ocurre exactamente lo contrario: no podemos entender los grandes problemas globales —problemas a los que hacen frente las relaciones internacionales o el derecho internacional— sin el género (Connell, 2005: 76). Y comprender el género es también comprender los mecanismos que construyen la masculinidad y de qué manera esta interactúa y se ve proyectada sobre otras construcciones sociales, incluso sobre las más grandes y supuestamente universales, como pueden ser aquellas que actúan en la arena internacional.

Desde este punto de vista, y constatando que el mundo del derecho internacional es un mundo muy predominantemente

³ Cuando me refiero a la masculinidad, no me estoy refiriendo a un conjunto de características que posean de forma natural las personas de sexo masculino, sino a aquellas características y comportamientos que, en una sociedad patriarcal, se encuentran culturalmente asociadas con lo masculino. Es decir, que cuando aquí estoy hablando de “masculinidad”, estoy hablando de “masculinidad hegemónica” (*vid.*, p. ej. Giannini y Minervini, 2017). De modo que, aunque ciertamente exista un innegable vínculo entre una determinada forma de ser hombre y el ejercicio de la violencia, la masculinidad por sí misma no puede ser interpretada como una propensión fija a la violencia (Connell, 2005: 258).

masculino (o, más exactamente, masculinizado), donde el papel de las mujeres es todavía demasiado escaso, este texto propone una aproximación a las relaciones entre la violencia y el derecho internacional a la luz de los estudios sobre masculinidades. Desde las relaciones internacionales hay ya algunos trabajos que han conectado su campo de estudio con la reflexión sobre las masculinidades (Hooper, 2003 o Parpart y Zalewski, 1998 y 2008). Sin embargo, desde la disciplina del derecho internacional, aunque hay colosales críticas feministas, no se ha explorado todavía suficientemente la vertiente que tiene que ver con el conocimiento producido por esos estudios sobre masculinidades.

Esta reflexión emerge del sustrato dejado por preguntas que ya han sido planteadas por múltiples autoras feministas: ¿es la guerra —expresión de la violencia internacional por antonomasia— un fenómeno derivado de los esquemas masculinos?, ¿se reducirían las guerras si educáramos a quienes las perpetran —desde quienes las ordenan (gobernantes) hasta quienes las ejecutan (soldados)— en una cultura de la igualdad y en unos modelos de masculinidad distintos a los imperantes?, y, finalmente, ¿es posible acabar con el sesgo de género que afecta al derecho internacional?, ¿es posible *despatriarcalizar* el derecho internacional?

Para poder esbozar respuestas a estas preguntas, en lo que sigue se tratará de mostrar la condición masculina del derecho internacional a través cinco elementos concretos: el concepto de estado; el sistema de fuentes, en particular, los tratados internacionales; la aplicación de las normas internacionales a través de tribunales o paneles de arbitraje; la relevancia de la guerra y la doctrina de la *responsabilidad de proteger*.

2.- EL ESTADO: UN MONSTRUO MUY MACHO

El estado es el sujeto por definición del derecho internacional. Son los estados los principales creadores del derecho internacional, y son también los principales obligados por sus normas. Así es al menos desde la firma de la Paz de Westfalia en 1648, que es considerada como el punto de inicio del derecho internacional moderno. Con el fin de poner orden en las relaciones entre entes soberanos, Westfalia creó un conjunto de reglas procesales que dotó a los estados occidentales de cierta seguridad jurídica necesaria para el comercio, el tránsito de personas o las relaciones diplomáticas. Tales reglas, que deben mucho a la obra de Hugo Grocio⁴, no

⁴ A propósito de Grocio, considerado como fundador del derecho internacional, el senador estadounidense Daniel Patrick Moynihan, en relación a los límites que el derecho internacional suponía para la agresiva política exterior llevada a cabo por la Administración Reagan, afirmó que “los hombres de verdad no citan a Grocio” (Hathaway y Shapiro, 2017: 28). Un ejemplo, entre tantos, de los fuertes vínculos

prohibían, sin embargo, la guerra o la adquisición violenta de tierras —es decir, la conquista— sino que, antes al contrario, la reconocían como una práctica perfectamente legal (Hathaway y Shapiro, 2017: 97).

Esa regulación cambiará sustancialmente tras la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Nuremberg, que marcan otro hito en el derecho internacional: la consideración de los individuos también como sujetos del derecho internacional. He ahí la base del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (que permite a los sujetos acudir directamente ante ciertos órganos internacionales denunciando a sus propios estados) y del derecho penal internacional (que permite sancionar directamente a las personas que hayan cometido crímenes contra la humanidad, sin que la inmunidad que ofrecía tradicionalmente actuar en nombre de un estado sea un motivo válido para permitir la impunidad).

Estas dos áreas, los derechos humanos y el derecho penal internacional, junto con el derecho humanitario y el derecho post-conflicto han sido, como se decía, dos de las áreas del derecho internacional donde más se ha podido desarrollar una perspectiva de género. No obstante, cabe insistir en que en el derecho internacional general, en *el núcleo duro* del derecho que regula las relaciones *entre estados*, la perspectiva de género ha provocado todavía escasos cambios. Y eso probablemente tiene que ver con el sesgo masculino del propio concepto de estado y con las consiguientes dinámicas masculinizadas y masculinizantes creadas entorno a él. Observémoslo en tres episodios diferentes.

Desde la propia creación del estado moderno, el estado es representado como un monstruo. Hobbes no solamente presentó al estado como un *Leviatán* (1651), como es sabido, sino también como un *Behemoth* (1668), en su cara más terrible, cuando implica el caos y la guerra, la violencia extrema. Esta última figura es la que tomó Franz Neumann precisamente para caracterizar al estado nacionalsocialista en tanto que una monstruosidad capaz de acabar con los más elementales derechos (2009: xix). Y aunque, como apunta Neumann, en la escatología judía *Behemoth* ha solido representarse como masculino y *Leviatán* como femenino, el monstruo es siempre implícitamente pensado como un monstruo macho⁵. Baste ver la famosa imagen de la portada de la edición

(no solo retóricos) que se establecen entre una determinada forma de entender el derecho internacional y una determinada forma de ejercer la masculinidad.

⁵ Resulta curioso en ese sentido pensar en el carácter masculino que tradicionalmente se le ha atribuido a Frankenstein. A pesar de que el texto de Mary Shelly en ningún momento identifique a su "criatura" como varón —el determinante utilizado por la autora para nombrarla es "it", y no "he"—, su extraordinaria estatura y fortaleza le asignaron automáticamente el género masculino en el imaginario colectivo y en las versiones cinematográficas. Algunas intérpretes han cuestionado en los últimos años esa versión, realizando interesantes

original del *Leviatán* de Hobbes. Un macho. Poderoso, fuerte, controlador, protector de los suyos. En ningún caso atribuimos a ese monstruo características asociadas a lo femenino. Se trata de un padre al que confiamos nuestra seguridad. De ahí que cuando el estado y la identidad colectiva convergen surja la *patria* —y no la *matria*—. La lealtad a la patria surgiría, pues, en tanto que la lealtad, absoluta e incondicionada, que le debe el hijo al padre.

La imagen se repite, en segundo lugar, más allá del barroquismo propio de los tiempos de Hobbes. El desarrollo del derecho internacional (desde las convenciones de Ginebra hasta nuestros días) encuentra sus fundamentos en la teoría alemana del estado y del derecho, que florece de forma exuberante durante todo el siglo XIX hasta los años treinta del XX (Koskenniemi, 2001: 179). Un autor fundamental de ese periodo es Bluntschli, quien para fundamentar la separación entre la iglesia y el estado escribía en su *Lehre vom modernen Staat*: “la cualidad masculina del estado moderno [...] ha sido descubierta por oposición a la iglesia femenina”. Y más adelante: “el concepto supremo del estado [...] es este: el estado es la humanidad organizada, pero la humanidad en su manifestación masculina, no en su organismo femenino. El estado es varón” (2000: 28). Del mismo modo que la mujer estaba (debía estar) sometida al varón, así la iglesia debía estarlo respecto del estado. Esta asociación fue más tarde criticada por Kelsen como muestra de lo que él llamaba concepciones organicistas del estado (2008: 13). Por supuesto, el rechazo no viene dado por una supuesta sensibilidad a los temas de género por parte del jurista vienés, sino porque ese tipo de metáforas no tenían cabida dentro de un enfoque estrictamente positivista, que concibe el estado como un conjunto de normas, y nada más que como un conjunto de normas (2008: 57).

Una tercera cuestión —más contemporánea— puede ser pensada a partir de los tres elementos que definen típicamente al estado: gobierno, población y territorio. Hay un estado si hay un gobierno que ejerce efectivamente el control sobre la población que está en un determinado territorio. Esta podría ser una definición canónica de estado para el derecho internacional (Oppenheim, 1912: 108; Cassese, 2005: 71,81). Tanto es así que la vigencia del principio de efectividad hace que el reconocimiento que terceros estados hagan de un nuevo estado supone únicamente un acto declarativo, pero no constitutivo, en la medida en que la estatalidad es una cuestión *de facto*, que tiene que ver con una condición material: gobierno, población, territorio. Por supuesto, la casuística es variada y podrían encontrarse múltiples excepciones que hacen la cuestión más compleja. Pero es la versión canónica del estado (*gobierno-*

replanteamientos de las intenciones de Shelly en clave de género. La disociación entre el monstruo y la masculinidad sería pertinente en este caso; no así respecto del metafórico monstruo del estado.

población-territorio) la que sirve para conectar con una imagen fuertemente masculina: la de la *impenetrabilidad*. Como el cuerpo masculino heterosexual, el estado no tiene puntos “naturales” de entrada (Charlesworth y Chinkin, 2000: 129). El estado es estanco. Las fronteras están bien definidas. Los espacios, perfectamente delimitados. Solo el estado decide quién entra en su territorio, por eso la Declaración Universal de Derechos Humanos otorga a las personas el derecho a salir de un país, pero no el (que debería ser correspondiente) derecho a entrar en otro. En los tiempos en los que todo se anuncia fluido, las personas todavía se topan de bruces con las fronteras estatales, cerradas por orden de unas políticas securitarias que desprecian la vida de quienes quedan afuera (De Lucas, 2015).

Lo que está en juego, desde esta perspectiva simbólica, es la propia naturaleza masculina del estado, de la cual la impenetrabilidad es un componente esencial. Y lo es más todavía cuando la condición heterosexual es constitutiva de la identidad masculina hegemónica. El macho es reconocido por sus pares en tanto que macho *hetero*. La homofobia, como ha mostrado Connell (2005: 78), no solo sirve para señalar a los sujetos etiquetados de homosexuales. Sirve también para marcar los límites de lo aceptable para los *verdaderos hombres*⁶. Qué se puede hacer, cómo se debe vestir, de qué manera hay que sentarse. El control del cuerpo-territorio, marcar el propio espacio, exclusivo y excluyente, está en la base de lo que es ser macho (Mosse, 1985: 101; Enloe, 2014: 83). Y está en la base también de lo que es ser un estado. Un estado débil, un estado que no controla su población o su territorio, es un estado fallido o, en otras palabras, no es un estado. La comunidad internacional no reconoce como estado a aquellas entidades que no sean capaces de cumplir tales requisitos. De ahí las dificultades, por ejemplo, de otorgar un estatus internacional a pueblos indígenas o a otras minorías que puedan no encajar en los márgenes de un estado.

Relacionado con esto, no podemos acabar esta sección sin mirar hacia el correlato de la soberanía estatal en el campo de las relaciones internacionales: el interés nacional. Un concepto que, tal y como ha sido desarrollado por el *mainstream* de la doctrina, poco tiene que ver con la soberanía popular, o con el interés de la mayoría

⁶ Otro indicio del estado como una institución masculina es la altísima tasa de hombres que existe en cualquier ejército, que, antes que a hechos naturales, se debe a construcciones sociales, como las políticas de reclutamiento o las condiciones de ingreso. Que esa (implícita) masculinidad del ejército es, además, una masculinidad hegemónica y, por lo tanto, heterosexual se pone de manifiesto ante las disfunciones que llega a provocar la existencia de soldados gays o transexuales (vid. el caso de Chelsea Manning en el ejército estadounidense). Así, “una particular definición de masculinidad resulta importante para la frágil cohesión de las modernas fuerzas armadas” (Connell, 2015: 73. En el mismo sentido, Charlesworth y Chinkin, 2000: 259).

social. Según la visión canónica de Morgenthau (2006: 5), el interés nacional sería esa brújula racional que guía a quienes dirigen la política exterior de los estados y en cuyo núcleo se encuentra la idea de seguridad nacional. Resulta, sin embargo, tremendamente iluminadora la crítica que Ann Tickner (1988: 435) realiza a Morgenthau en clave feminista y que, entre otras cosas, señala el sesgo masculino que supone entender el interés nacional únicamente en términos de seguridad y poder. Una teoría de las relaciones internacionales que verdaderamente dé cuenta de la naturaleza humana —y que incluya con el debido peso también las perspectivas desde lo femenino—, señala Tickner, no solamente contemplaría el interés nacional en términos securitarios, sino que concedería una importancia decisiva a la satisfacción de las necesidades materiales de las personas. Detrás de este movimiento, por supuesto, hay un profundo cambio en la manera de entender lo político, que propone superar la política como un campo de enfrentamiento y competencia para avanzar hacia un escenario en el que lo político sea el *actuar común* ya avanzado por Arendt. Este movimiento resulta una condición *sine qua non* para que el interés nacional deje de ocultar lo que en demasiadas ocasiones es meramente un *interés patriarcal*, que permite que la seguridad nacional (o internacional) con frecuencia se torne en inseguridad para las mujeres (Tickner, 2001: 62).

3.- LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: ACUERDOS ENTRE CABALLEROS

Como es sabido, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala las fuentes del derecho internacional. La primera de ellas y, con diferencia, la que mayor volumen de normas produce, es la que constituyen las convenciones o tratados internacionales. Estos pueden ser generales (cuando incluyen a todos los estados, o a un gran número de ellos) o particulares (cuando se celebran únicamente entre algunos estados). Pueden referirse a materias genéricas (como la amistad y la colaboración mutua entre dos países) o pueden referirse a materias muy específicas (como los requisitos para reconocer la doble nacionalidad, o las medidas estándares de los contenedores mercantiles). Pero, en todo caso, lo que se espera de un tratado es que sea cumplido —*pacta sunt servanda*—, porque a eso se comprometen voluntariamente los estados signatarios.

Tras ese modo de producción de normas, aparentemente neutra en cuanto al género, las críticas feministas han señalado que en realidad se esconde una dinámica patriarcal que condiciona enteramente tanto los contenidos como la aplicación del derecho internacional. Una primera objeción de fondo tiene que ver con la propia naturaleza contractual del procedimiento. Los estados — aunque desiguales en las relaciones internacionales— se presentan

como formalmente iguales ante el derecho internacional. La Organización de Naciones Unidas está basada, de hecho, en el principio de igualdad soberana de los estados. Como iguales ante la ley, en el proceso de elaboración de normas, en la negociación de los tratados, los estados actúan de manera supuestamente autónoma, racional y auto-interesada. La analogía con el contractualismo parece aquí perfectamente viable⁷ y, a través de ella, igualmente viable resulta la aplicación a los tratados internacionales de las críticas de género que el contractualismo ha recibido. Tomando el contractualismo de Rawls —que tiene su especificación respecto del derecho internacional en una de sus últimas obras: *The Law of Peoples* (1999)— como el mejor exponente contemporáneo, autoras feministas tan distintas entre sí como Pateman (1995), Young (2011) o Nussbaum (2007) coinciden en señalar lo sesgado del modelo de individuo liberal que participa en la elaboración del hipotético contrato social que, lejos de representar los valores del conjunto de la humanidad, encarna únicamente valores asociados con lo masculino. Así, la idea de un estado individual y autónomo que libremente elige si aceptar o rechazar las normas internacionales coincidiría con un modelo de comportamiento masculinizado (Charlesworth y Chinkin, 2000: 70), que pondría el acento en la voluntariedad, ignorando que en la experiencias que diariamente viven millones de mujeres el consentimiento está con frecuencia condicionado por relaciones de poder totalmente asimétricas.

A ese respecto puede ser ilustrativo fijarnos en el proceso de negociación de los tratados. Desde Kant, una exigencia obvia es la publicidad. Los tratados no pueden ser secretos⁸. En cambio, secretas o, cuanto menos, poco transparentes son con frecuencia las negociaciones que conducen a ellos. El ámbito de la diplomacia es, como ningún otro, un ámbito de hombres. Un mundo que parece funcionar como un club privado, pese a poner en juego intereses públicos. Un mundo de viajes largos y maratónicas reuniones a puerta cerrada, donde la conciliación entre la vida laboral y la vida privada —con las exigencias de cuidado equitativo que esta última plantea— está muy lejos de ser planteada. La *homosociabilidad* es un concepto trabajado desde los estudios sobre masculinidades que resulta plenamente aplicable a los ámbitos de las negociaciones diplomáticas. Permite entender las dinámicas generadas en ambientes predominante o únicamente masculinos, en los que se manifiesta la preferencia de los hombres por establecer relaciones

⁷ Kelsen (1940), por ejemplo, sostuvo que la diferencia entre un contrato y un tratado era únicamente de escala, pero que ambos métodos de creación (y de aplicación) del derecho respondían a una misma lógica.

⁸ Kant, concretamente, consideraba que en ningún tratado de paz debía haber reservas secretas —*primer artículo preliminar para la paz perpetua entre los estados*— y, más aún, que “un artículo secreto en las negociaciones del derecho público es una contradicción objetiva” (2009: 168).

entre sí. Dichas dinámicas han sido estudiadas en el mundo de los negocios y de la cultura empresarial (Bacete, 2017: 264) y parece que debieran serlo también en el contexto de la diplomacia.

Charlesworth y Chinkin (2000:98) cuentan que en una reunión de la Sociedad de las Naciones, cuando la delegada de Australia tomó su asiento en la mesa de negociaciones el presidente del comité le preguntó “¿Se ha perdido, señorita?”. Afortunadamente, se han producido avances en la presencia de mujeres en la diplomacia desde 1927, cuando ese episodio se produjo, hasta ahora. Como ha afirmado Cynthia Enloe “una mujer en la foto hace que sea más difícil ignorar que los hombres son hombres. Una vez que empezamos a ver a los hombres como hombres, es más probable que nos volvamos curiosos sobre las masculinidades” (Enloe, 2014: 28). No se trata, por lo tanto, de una cuestión numérica, sino de una cuestión sustantiva. La presencia de mujeres en los ámbitos de producción de normas internacionales no solamente puede aportar nuevas y más ricas perspectivas a las decisiones que se tomen, sino que es susceptible de poner en cuestión y erradicar las dinámicas masculinas, exigiendo conductas igualitarias a los hombres que participen de esos espacios de decisión. Los *pactos entre caballeros*, en consecuencia, deben dar lugar al *pacto entre personas*, dando a la diversidad —en todas sus dimensiones— el lugar que merece⁹.

4.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: VENCEDORES Y VENCIDOS

La evolución técnica que ha experimentado derecho internacional desde la segunda postguerra mundial ha hecho que la jurisdicción adquiriera un papel importante como medio de resolución de las disputas internacionales, lo cual puede ser visto como un enorme avance en el terreno de la paz. Podemos volver de nuevo a Kelsen y a su teoría del derecho internacional, donde la pieza clave para poder alcanzar la paz mundial es un tribunal internacional de carácter permanente y con jurisdicción obligatoria. A través de él se encauzarían todas las disputas que pudieran surgir entre los estados, resolviéndose de una manera pacífica. En efecto, Kelsen (2003) fue uno de los juristas que contribuyeron a establecer los juicios de Núremberg y, a partir de ellos, al desarrollo de la justicia penal

⁹ Sin duda, el mismo principio debe aplicarse a las otras fuentes del derecho internacional, como son la jurisprudencia y la doctrina, que son fundamentales, a su vez, para la interpretación de las normas consuetudinarias o para el establecimiento de normas de *ius cogens*. No es una cuestión menor, por ejemplo, por qué se ha llegado a considerar prohibida la discriminación racial con rango de *ius cogens*, proscribiendo del seno de Naciones Unidas los estados que apliquen regímenes de apartheid; y cómo todavía pueden seguir siendo miembros de pleno derecho de la organización estados que discriminan formalmente a las mujeres y las someten a prácticas vejatorias.

internacional que se produjo posteriormente, culminando con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El hecho de que estos tribunales, sumados a los otros propios de sistemas regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hayan desempeñado un papel fundamental en la lucha contra la impunidad y en la tutela de los derechos humanos, no les ha privado de merecer también la crítica por parte de algunas posiciones feministas, por representar una forma típicamente masculina de abordar la resolución de disputas: una fórmula, esa de la jurisdicción —pero también la del arbitraje—, en la que hay dos partes enfrentadas, y en la que necesariamente una de ellas ha de perder y la otra ha de ganar (Charlesworth y Chinkin, 2000: 288).

Apoyadas en la psicología de Gilligan (1993), estas críticas han considerado que la *different voice* de las mujeres tiene mucho que aportar a la resolución de conflictos, proponiendo otras vías, menos rígidas y más incluyentes. Bajo esta óptica, en los últimos años han alcanzado un desarrollo notable los llamados mecanismos alternativos de resolución de disputas, como la conciliación o la mediación, en los que no necesariamente una parte debe ganar a costa de derrotar a la otra, sino en los que caben soluciones flexibles y que pueden resultar en fórmulas de *win-win* o de satisfacción mutua. Mientras que en el ámbito de la jurisdicción se adopta una dinámica adversarial, la dinámica en estos mecanismos es dialogante y colaboradora. Lo mismo, pero aplicado a conflictos de grandes proporciones puede decirse de los procesos de justicia restaurativa, sobre los que existe una viva polémica, fundamentalmente cuando en el marco de esos conflictos han existido —como es habitual— crímenes violentos (vid. García Pascual, 2017).

Con todo, resulta preocupante que en este punto dichas propuestas feministas parezcan coincidir en sus propuestas con las reivindicaciones de una desformalización del derecho internacional provenientes de las teorías del análisis económico del derecho à la Eric Posner (2009, Posner y Goldsmith, 2005). Siguiendo dos itinerarios muy diferentes se llega a un lugar muy parecido que, en cualquier caso, sirve para poner en cuestión los protocolos rígidos, flexibles y jerárquicos propios de lo que es visto como un antiguo mundo de caballeros. Podemos, no obstante, albergar serias dudas de que la *flexibilización* del derecho internacional o la creciente participación de poderosos actores privados que producen sus propias normas y solventan sus propios conflictos suponga la vía para lograr progresos en la igualdad entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, se pueden apuntar desde la perspectiva de género dos problemas distintos que tienen que ver también con la jurisdicción internacional —aunque no solo con la internacional—. Por un lado, persisten en los procesos judiciales internacionales serios problemas de prueba en relación a determinados delitos que tienen que ver con la violencia sexual, y que afectan principalmente a las

mujeres, dejándolas en numerosos casos fuera del acceso a la justicia (Vanyó Vicedo, 2016: 253).

Por otro lado, cabe señalar que para los tribunales internacionales rige también la prohibición del *non liquet*, es decir, que los jueces están obligados a resolver jurídicamente *todo* caso que se les plantee, bajo el presupuesto de que el derecho internacional es un ordenamiento completo y coherente que proporciona respuestas para cualquier problema (Kelsen, 2001: 20; Lauterpacht, 2011: 71). Resulta inevitable ver en esa vocación de *querer saberlo todo* que manifiesta el derecho un reflejo de esa práctica propiamente masculina que ha recibido el nombre de *mansplaining*. Mostrarse seguro, no reconocer las propias dudas, pretender explicar a los demás —particularmente si son mujeres— parece ir en el *pack de lo que un hombre debe ser*. Si el derecho tuviera personalidad, parece que así sería; o cuanto menos así se manifiesta cuando es expresado frente a los particulares en una sentencia.

5.- LA GUERRA, UN ASUNTO DE HOMBRES

La guerra ha sido siempre un asunto de hombres (¡fuera mujeres y niños!)¹⁰. Y siempre un concepto asociado con el derecho internacional. En la reflexión iusfilosófica podemos encontrar posiciones que realizan una exaltación absoluta de la guerra, como la que hace Carl Schmitt (1979), considerándola la más clara manifestación de la soberanía del estado, que estaría dotado de un *ius ad bellum* con el fin de defender sus legítimos intereses. Pero también posturas como la de Kelsen que, aunque considerado un exponente del pacifismo jurídico, acepta la guerra como un “mal necesario” (Bobbio, 1982: 51). Un mal que sería deseable eliminar, pero que habría que conservar porque, en tanto que única sanción del derecho internacional, sería lo que nos permitiría hablar de este como un verdadero ordenamiento jurídico —en oposición a posturas como las de Austin (1911: 575), que lo consideraba un simple ordenamiento moral—.

Así, incluso en concepciones del derecho internacional calificadas de pacifistas o irenistas, como la de Kelsen, la guerra es aceptada bajo ciertas condiciones. Parece que es imposible librarnos de aceptar la violencia bélica en un momento u otro. Aunque se encuentre formalmente prohibida por la Carta de San Francisco, *lo racional* es que la guerra sea un legítimo recurso del que los estados pueden hacer uso si es que así lo aconsejan las circunstancias

¹⁰ Mantener a las mujeres fuera de las posiciones de combate puede ser visto, de nuevo, como una cuestión más simbólica —asociada al ejercicio de la masculinidad institucionalizada en los cuerpos militares— que práctica. Presentados como “defensores de las mujeres”, los militares obtienen prestigio social y refuerzan su estatus de varón frente a sus pares (Charlesworth y Chinkin, 2000: 259).

objetivas de la realidad internacional. No importa que, pese al progresivo desarrollo técnico del derecho internacional humanitario (*ius in bello*) haya en las guerras contemporáneas más víctimas civiles que nunca¹¹. No importa porque las víctimas, como tan claramente expresó la Administración Bush durante la segunda guerra de Irak, son *daños colaterales*: el precio que la comunidad internacional ha de pagar para alcanzar objetivos que son *universales*.

Esta justificación de la guerra pretendidamente racional, objetiva y universalmente válida resulta convincentemente puesta en crisis si incorporamos un análisis feminista como el de Judith Butler, que sitúa la corporalidad en el centro. Si tomamos en cuenta los cuerpos, seremos conscientes de que “las vidas lloradas” de las víctimas de las guerras no aparecen en la ecuación liberal sino como frías cifras, como mero conteo de bajas, pero que no se encuentran en la ecuación de la toma de decisiones. Y no lo hacen porque “los marcos mediante los cuales aprehendemos [...] las vidas de los demás como pérdidas o dañadas [...] están políticamente saturados” (2016: 13). Es necesario apoyarnos, propone Butler, en una nueva ontología corporal para entender un problema que todavía no ha sido comprendido por los marcos de pensamiento convencionales: el problema del valor de la vida en toda su profundidad, que es en el fondo el problema de los cuerpos y de las emociones¹². Resignificar el problema de la guerra desde este nuevo marco resulta fundamental para una filosofía del derecho internacional comprometida con la emancipación humana. Si somos capaces de dar ese paso, estaremos muy cerca de dar, además, un paso adicional que apunte a la preservación del medio ambiente y que incluya también en la ecuación las desastrosas consecuencias ecológicas de la práctica de la guerra. La perspectiva desarrollada por las autoras ecofeministas tiene mucho que decir en este sentido (p. ej. Mies y Shiva, 2016).

El cuestionamiento de la estricta división liberal público-privado realizada por el feminismo es un presupuesto ineludible para que tales pasos se puedan emprender. *Lo personal es político y lo político es personal* porque no podemos cuestionar en profundidad las

¹¹ Hay un amplio consenso entre los historiadores en considerar que si en la Primera Guerra Mundial las víctimas civiles supusieron aproximadamente un 15% del total, en la Segunda Guerra el porcentaje se elevó al 60%, y en los conflictos contemporáneos llega a ser del 90% (Strada, 2003).

¹² Ese parece ser, por ejemplo, un camino al que Koskenniemi se aproxima cuando se refiere al abordaje del problema de la matanza de inocentes, como la que puede provocar el uso de armas nucleares, cuando afirma que “nuestra humanidad incluye también la habilidad de reconocer el enorme sufrimiento humano y el sentimiento de creerse obligado a combatirlo sin más razón fundamental que ese mismo sentimiento [...] Como juristas, necesitamos ser capaces de decir que sabemos que el asesinato de inocentes está mal no por las líneas de razonamiento que damos producir para apoyarnos, o por quién dé la orden, sino por quienes somos” (2011: 217).

instituciones, el derecho o la economía sin cuestionar a su vez las relaciones de poder interpersonales que las sustentan, y sin reparar en la división sexual del trabajo. Cynthia Enloe ha formulado una ingeniosa variante del conocido postulado feminista: *lo personal es internacional y lo internacional es personal* (2014: 343). Al calor de esa idea se develan las relaciones de subordinación y discriminación que permiten que lo internacional sea como es¹³; esto es, un ámbito copado no solamente por los hombres, sino más precisamente por aquellos hombres que encajan en el patrón de la masculinidad hegemónica.

No es de extrañar en ese sentido que tradicionalmente se haya despreciado la salud y la integridad física no ya de las víctimas civiles de las guerras, sino de los soldados que —aun eventualmente victoriosos— las libran. Un atributo de la masculinidad hegemónica es siempre la fuerza física y la valentía. Preocuparse por la propia salud es, por el contrario, una muestra de cobardía que conlleva la pérdida de estatus entre los pares (Bacete, 2017: 285). No obstante, las consecuencias de la guerra sobre la salud de los hombres que las practican son desoladoras. Quienes logran regresar de ellas a menudo lo hacen no solamente con graves heridas, sino con desórdenes psíquicos que les afectan de por vida (Whitworth, 2008). Quizá la representación más extrema de las secuelas de la guerra en el cine la encontremos en *Jonhy cogió su fusil* (Dalton Trumbo, 1971), en la que el cuerpo de un joven soldado queda reducido a su mínima expresión, como una potente metáfora de la (i)lógica bélica.

Si la figura soldado se configura como prototipo del macho hegemónico —fuerte, atrevido, violento, ávido de utilizar el fusil—, su contrarrelato lo encontramos en el hombre pacifista que rehúsa prestar su servicio al ejército. Antes de que dejara de ser obligatorio el servicio militar en 2001, este se configuraba simbólicamente como un ritual de entrada a la masculinidad. “Cuando vayas a la mili te harás un hombre” era una frase repetida en un contexto en el que el reconocimiento como “hombre de verdad” estaba asociado a la condición de soldado (Bacete, 2017: 203). Por eso, el movimiento por la insumisión en España, o la desobediencia civil en Estados Unidos frente al reclutamiento para la guerra de Vietnam no solamente sirvieron para cuestionar la política exterior de un estado, sino también para desafiar —explícita o implícitamente— el prototipo de masculinidad que esas políticas necesitan. Decir “no a la guerra” supone, en consecuencia, replantearse la propia manera de ser hombre y, con ella relación que se establece con la vida propia y con la de los demás. El sesgo masculino de las políticas pro-militares

¹³ De forma muy sugerente, Enloe muestra las muy distintas posiciones que las mujeres ocupan en el ámbito internacional y que frecuentemente son invisibilizadas: “haciendo a las mujeres visibles, he descubierto que los hombres se evidencian como hombres” (Enloe, 2014: xv).

viene abalado, en última instancia por la estrecha relación entre el gasto militar y la pobreza femenina. Distintos estudios han demostrado que a más gasto militar, menos inversión en salud y programas sociales, lo cual tiene un mayor impacto sobre la vida de las mujeres en términos globales (Reardon, 1985: 26; Miralles, 2019).

6.- DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A LA RESPONSABILIDAD DE CUIDAR

El último ámbito al que deseo referirme es al concepto de la *responsabilidad de proteger* desarrollado por la Administración Bush y su halcones para justificar las guerras de Afganistán y de Irak. No se trata de un concepto demasiado diferente a aquello que en diferentes momentos ha recibido el nombre de *intervenciones humanitarias*, *operaciones de restauración de la democracia* o incluso *guerras justas* (Walzer, 2006). Al margen de eufemismos, la dinámica en todos los casos es muy similar: la auto-atribución por parte de aquel estado (o conjunto de estados) que, no autorizado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se sabe lo suficientemente poderoso para emprender una acción bélica con fines pretendidamente alturistas que en realidad sirven para encubrir intereses propios. No hace falta poner ejemplos porque a cualquiera le vienen multitud de casos a la cabeza.

El concepto *responsabilidad de proteger* resulta mucho más ilustrativo que las otras expresiones para reflejar nuevamente el sesgo masculino del derecho internacional. Aquí puede ser útil destacar el contraste entre el verbo *proteger* y el verbo *cuidar* (Robinson 2011: 79), tomando prestadas algunas ideas de la ética del cuidado desarrollada por Carol Gilligan (1993). Si nos fijamos en el concepto de la responsabilidad de proteger enarbolada por Estados Unidos y sus aliados, nos daremos cuenta de que es el propio protector quien se erige en protector. El protector lo es porque puede, porque se encuentra *por encima* del protegido. La protección se ejerce en vertical: de arriba hacia abajo. El cuidado, en cambio, se ejerce en horizontal, porque la persona que cuida está *al lado* de la persona cuidada. La persona (o la nación) que es protegida no tiene ni voz ni voluntad. La persona cuidada, en cambio, es escuchada y respetada como un igual por su cuidador. El cuidado presupone intimidad, es *doméstico*. La protección, en cambio, se realiza desde el exterior, es *pública* y, como tal, es susceptible de proporcionar prestigio social a quien la ejerce. “La policía está para *servir y proteger* —podríamos decir—, pero *cuidar*, que te cuide tu mamá”. La noción de proteger está asociada con el *patrimonio*: protejo *mi casa*, *mis propiedades*, a *mi mujer*, a *mi familia* (Charlesworth y Chinkin, 2000: 254). La noción de cuidar, en cambio, está asociada con el afecto: cuido de la persona a la que quiero que, por supuesto, no es *mía*. La protección, finalmente, implica violencia —efectiva o latente—

hacia los demás (hacia *el otro, el enemigo*), mientras que al cuidado le es ajena toda violencia. Ni que decir tiene que se espera que quien ejerza de protector que es un varón y que quien se espera que ejerza de cuidadora es una mujer¹⁴.

Así, mientras la idea de proteger está asociada con la implementación de políticas securitarias, la idea del cuidado se encuentra vinculada a políticas respetuosas con los derechos humanos. De lo que se trata es de sacar la ética de los cuidados del ámbito privado para extenderla al ámbito público, que es también el ámbito internacional. Los cuidados deben estar en el modelo de razonamiento que se encuentra tras la toma de decisiones de quienes operan en la política y en el derecho internacional. Que los estados adoptaran *la responsabilidad de cuidar* en lugar de la *responsabilidad de proteger*; esto es, que recogieran e implementaran las experiencias de cuidado presentes en las vidas de las mujeres¹⁵, prescindiendo de las posturas arrogantes, posesivas y dominantes derivadas de las masculinidades hegemónicas, sería un avance decisivo hacia una paz basada en la justicia.

7.- REFLEXIONES CONCLUSIVAS: SUPERAR LA PEDAGOGÍA DE LA CRUELDAD

Para concluir, me parece que la antropóloga argentina Rita Laura Segato aporta claves importantes para profundizar en la relación entre lo que ella llama el *mandato de masculinidad* y la violencia. Sus análisis pueden arrojar alguna luz sobre el efecto que esta relación puede tener en la filosofía del derecho internacional; o más precisamente, en una filosofía que apueste por la despatriarcalización del derecho internacional. La antropología de Segato evidencia que los mecanismos de producción y mantenimiento de la masculinidad como estatus (estatus de pertenencia al género masculino, a la *fratría* de quienes son dignos de la condición de *macho*), *transculturalmente* obedece a patrones totalmente diferentes a los mecanismos de producción y mantenimiento de la feminidad (2016: 40). En el marco de sistema binario de sexo-género, la adquisición de la condición de macho implica su oposición a los valores y actitudes asociadas a la feminidad y, más aún, conlleva la subordinación de las mujeres a los deseos e intereses de los hombres. Tanto es así, que no es en absoluto inusual que para adquirir la condición de hombre de cara al colectivo, el hombre deba

¹⁴ Se pueden traer aquí a colación las conocidas posiciones de Robert Kagan (2003:10), quien, comparando la política exterior norteamericana con la europea, ha asociado a la primera con actitudes masculinas y enérgicas (Marte) y a la segunda con actitudes femeninas y pusilánimes (Venus).

¹⁵ Conviene hacer el énfasis en la experiencia propia de las mujeres, diferenciando la noción de experiencia de concepciones esencialistas, como pueden ser las que consideren que existe una moralidad específicamente femenina.

demostrar que puede someter a la hembra, que puede explotarla, violarla e incluso matarla. El cuerpo de las mujeres, como ha mostrado Segato en relación con los feminicidios de Ciudad Juárez se convierte en un lienzo (2016: 33). Un lienzo a través del cual se manda un claro mensaje social: por un lado a las mujeres indicándoles deben someterse al uso y disfrute de los varones; por otro lado a los varones congéneres anunciándoles que se ha demostrado poseer las cualidades necesarias para formar parte del colectivo.

Esto es lo que Segato ha identificado como *mandato de violación* (2010: 21), más tarde (2016) ampliado también a un *mandato de masculinidad*, entendido como ese conjunto de prácticas sociales y culturales que regulan el ingreso en la comunidad de pares masculinos. En la medida en que aceptemos que el mundo del derecho internacional es un mundo *masculinizado*, podemos comprobar como este conjunto de prácticas de ingreso y de reconocimiento encuentran perfectamente su reflejo también en ese ámbito. Si el derecho internacional es el código de las relaciones entre estados y si el estado es esencialmente patriarcal, entonces los participantes en ese ámbito, para ser dignos de reconocimiento deben adoptar esos patrones asociados con la masculinidad hegemónica —y, por tanto, violenta—. Pensemos en Trump y su actitud como probablemente el máximo exponente de esta posición. Pero imaginemos también la famosa foto de las Azores: nada hubiera cambiado si sustituyéramos a Tony Blair por Theresa May. Ella estaría igualmente fungiendo como representante de un estado soberano. Un estado que en determinado momento necesita ejercer la violencia precisamente para reafirmarse como estado soberano dentro de la fraternidad conformada por los otros estados participantes en la sociedad internacional.

Esa *pedagogía de la crueldad* (2016: 57) inherente a los comportamientos asociados con lo masculino es la que se ha manifestado en toda su crudeza en conflictos como los de Ruanda o Yugoslavia, o en atrocidades como las cometidas en Juárez o en Guatemala. Pero sería un error pensar que está presente únicamente en esos grandes casos de graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Antes al contrario, el *mandato de masculinidad* que nos han inculcado hasta lo más hondo a los hombres reproduce esa violencia diariamente de formas más o menos sutiles, más o menos explícitas, pero igualmente efectivas. El mandato de masculinidad, dice Segato, “si no legitima, definitivamente ampara y encubre todas las [...] formas de dominación y abuso, que en su caldo se cultivan y de allí proliferan” (2016: 21). Por eso parece particularmente iluminadora la siguiente afirmación:

A la pregunta sobre cómo se detiene la guerra [...], he respondido: desmontando, con la colaboración de los hombres, el mandato de masculinidad, es decir, desmontando el patriarcado, pues es la pedagogía de la masculinidad lo que hace posible la guerra y sin

una paz de género no podrá haber ninguna paz verdadera (2016: 23).

Segato insiste en poner el género en el centro (“del borde al centro”). En el centro de la vida política, en el centro del análisis realizado desde las ciencias sociales. La reflexión filosófica en torno al derecho internacional no puede ni debe estar al margen de esa operación de poner el género en el centro. Los hombres hemos de asumir nuestra parte responsabilidad en esa operación, atreviéndonos a cuestionar nuestros privilegios y a renunciar a ellos; dejando espacio a la igual participación de las mujeres, pero transformando al mismo tiempo los espacios propios, y los propios discursos y prácticas. Una educación en igualdad que haga que los varones que participan en cualquiera de los múltiples ámbitos del derecho internacional es, por lo tanto, un elemento imprescindible en el largo camino de la construcción de unas relaciones internacionales pacíficas.

Por supuesto, prominentes juristas han expresado —y expresarán— sus preocupaciones por el desafío que los enfoques feministas implican para la teoría del derecho internacional *comme il faut* (p. ej. Tesón, 1998: 157). Estamos, probablemente ante lo que Michael Kimmel (2013) ha identificado como *Angry White Men*. Lo que está en juego no únicamente es una discusión doctrinal. Se trata también de las resistencias que surgen ante una eventual pérdida de estatus social —un estatus que en el mundo académico tiene que ver especialmente con la capacidad de dominar el relato hegemónico de la propia área de conocimiento—. Es necesario nombrar y dimensionar ese fenómeno como un patrón de reacción ante la pérdida del privilegio masculino para poder enfrentarlo como parte de la tarea de construcción del gran cambio que está por venir.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- Austin, John (1911 [1861]), *Lectures on Jurisprudence. Or, the Philosophy of Positive Law*, 2 vols. (5ª ed.), Londres John Murray
- Bacete, Ritxar (2017), *Nuevos hombres buenos. La masculinidad en la era del feminismo*, Barcelona, Península
- von Bernstorff, Jochen (2010), *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge University Press
- Besson, Samantha y Tasioulas, John -eds.- (2010), *The Philosophy of International Law*, Nueva York, Oxford University Press
- Bluntschli, Johan Kaspar (2000 [1875]), *The Theory of State*, Kitchener, Batoche
- Bobbio, Norberto (1982 [1979]), *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa
- Butler, Judith (2016 [2009]), *Marcos de guerra. Vidas lloradas*, Barcelona, Paidós

- Carthy, Anthony (2007), *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press
- Cassese, Antonio (2005), *International Law* (2ª ed.), Oxford University Press
- Charlesworth, Hillary (2002), "The Hidden Gender of International Law", en *Temp. Int'l & Comp. LJ*, nº 16, pp. 93-102
- Charlesworth, Hillary y Chinkin, Christine (2000), *The boundaries of International Law*, Manchester University Press
- Charlesworth, Hillary, Chinkin, Christine y Wright, Shelley (1991), "Feminists Approaches to International Law", en *The American Journal of International Law*, vol. 85, p. 613-645
- Connell, R. W. (2005), *Masculinities* (2ª ed.), Cambridge, Polity
- D'Aspremont, Jean (2011), *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press
- De Lucas, Javier (2015), *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch
- Enloe, Cynthia (2014 [1990]), *Bananas, Beaches and Bases. Making Feminist Sense of International Politics* (2ª ed.), Berkeley, University of California Press
- García Pascual, Cristina (2015), *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta
- (2017), "La justicia transicional y el dilema de la sanción. Proceso penal y responsabilidad colectiva", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 35, pp. 44-63
- García Sáez, Jose Antonio (2016), *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, CEPC
- García-Salmones Rovira, Mónica (2013), *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press
- Giannini, Mirella y Minervini, Dario (2017), "A Relational Approach for the Understanding of the Hegemonic Masculinities. Insights from Pierre Bourdieu, Georg Simmel and Marianne Weber", en *AboutGender. Rivista Internazionali di Studi di Genere*, vol. 6, nº11
- Gilligan, Carol (1993 [1982]), *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press
- Hathaway, Oona A. y Shapiro, Scott J. (2017), *The Internationalists and Their Plan to Outlaw War*, Londres, Allen Lane
- Hobbes, Thomas (2002 [1651]), *Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (2 vols.), Barcelona, RBA
- (1992 [1668]), *Behemoth, o el Largo Parlamento*, Estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos
- Hooper, Charlotte (2003), *Manly States. Masculinities, International Relations and Gender Politics*, Nueva York, Columbia University Press

- Kagan, Robert (2003), *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Madrid, Taurus
- Kant, Immanuel (2009 [1975]), "Sobre la paz perpetua", en Id. *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, Madrid, Cátedra
- Kelsen, Hans (2008 [1925]), *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz, México, Coyoacán
- (1940), "La Théorie Juridique de la Convention", en *Archives de la Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, París, pp. 33-70
- (2003 [1944]), *La paz por medio del derecho*, trad. de Luis Echávarri, Madrid, Trotta
- (2001 [1957]), *Collective Security Under International Law*, Nueva Jersey, Law Book Exchange
- Kimmel, Michael (2013), *Angry White Men: American Masculinity at the End of an Era*, Nueva York, Nation Books
- Koskenniemi, Martti (2001), *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge University Press
- (2011), *The Politics of International Law*, Oxford, Hart
- Lauterpacht, Hersch (2011 [1933]), *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press
- Mackinnon, Catharine (2006), "Women's September 11th: Rethinking the International Law of Conflict", en *Harvard International Law Journal*, vol. 47, nº 1, pp. 1-31
- Mies, María y Shiva, Vandana (2016), *Ecofeminismo*, Barcelona, Icaria
- Miralles, Nora (2019), *Género y políticas de la inseguridad. Una mirada feminista a los impactos de la militarización de Occidente*, 36 Informe del Centre Delàs d'Estudis per la Pau
- Morgenthau, Hans J. (2006 [1948]), *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, (7a ed.), Nueva York, Mc Graw Hill
- Mosse, George L. (1985), *Nationalism and Sexuality: Middle-Class Morality and Sexual Norms in Modern Europe*, Madison, The University of Virginia Press
- Neumann, Franz (2009 [1944, 2nd ed.]), *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee
- Nussbaum, Martha C. (2007), *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós
- ONU/International Law Commission (2006), *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, elaborado por Martti Koskenniemi
- Oppenheim, Lassa (1912), *International Law* (2ªed.), Londres, Longmans, Green and Co.
- Parpart, Jane y Zalewski, Marisa -eds.- (1998), *The 'Man' Question in International Relations*, Westview, Boulder
- (2008), *Rethinking the man question. Sex, gender and violence in international relations*, Londres, Zed Books

- Pateman, Carole (1995 [1988]), *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos
- Posner, Eric A. (2009), *The Perills of Legal Globalism*, The University of Chicago University Press
- Posner, Eric A. y Goldsmith, Jack L. (2005), *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005
- Rawls, John (2001 [1999]), *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Barcelona, Paidós
- Reardon, Betty A. (1985), *Sexism and the War System*, Syracuse University Press
- Robinson, Fiona (2011), *The Ethics of Care. A Feminist Approach to Human Security*, Philadelphia, Temple University Press
- Sánchez Muñoz, Cristina (2019), "El género de la guerra y el genocidio: reconocimiento jurídico y debates feministas de los noventa", en Álvarez, Silvina y Bergallo, Paola (eds.) *Violencias de género: relaciones en contexto*, Didot, Buenos Aires [trabajo en prensa, agradezco a la autora compartirlo conmigo antes de su publicación].
- Sands, Philippe (2016), *Calle Este-Oeste. Sobre los orígenes del "genocidio" y "los crímenes contra la humanidad"*, Madrid, Anagrama
- Schmitt, Carl (1979 [1950]), *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del Jus Publicum Europaeum*, trad. de Dora Schilling, Madrid, CEPC
- Segato, Rita Laura (2010), *Estructuras elementales de la violencia*, Buenos Aires, Prometeo
- (2016), *Guerra contra las mujeres*, Madrid, Traficantes de Sueños
- Tesón, Fernando R. (1998), *A Philosophy of International Law*, Nueva York, Routledge
- Tickner, Ann J. (1988), "Hans Morgenthau's Principles of Political Realism: A Feminist Reformulation", en *Millennium - Journal of International Studies*, vol.17, pp. 429-440
- (2001), *Gendering World Politics. Issues and Approaches in the Post-Cold War Era*, Nueva York, Columbia University Press
- Vanyó Vicedo, Raquel (2016), *El horizonte 1325 en el derecho internacional: cartografía del posconflicto con perspectiva de género*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi
- Walzer, Michael (2006 [1977]), *Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations* (4ª ed.), Nueva York, Basic Books
- Whitworth, Sandra (2008), "Militarized masculinity and Post-Traumatic Stress Disorder", en Parpart, Jane y Zalewski, Marisa - eds.-, *Rethinking the man question. Sex, gender and violence in international relations*, Londres, Zed Books, pp. 109-126
- Young, Iris M. (2011 [1990]), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press

EL TERRORISMO YIHADISTA*

THE JIHADIST TERRORISM

Elisabetta Cutrale**

RESUMEN: En el escrito, después de una introducción general para comprender la problemática del mundo islámico y aclarar algunas definiciones, se lleva a cabo una investigación sobre el fenómeno del terrorismo yihadista, empezando con un breve excursus sobre el debate en torno a la definición de terrorismo internacional. Posteriormente, se analiza la estructura del Estado islámico y cómo ha evolucionado durante la última década, el concepto de radicalización y, considerando diferentes estudios y estadísticas, intenta aclararse cuáles puedan ser las causas de la desviación terrorista, llegando a la conclusión que se trata de un fenómeno complejo que implica un análisis de diferentes cuestiones tanto históricas, como sociales y psicológicas.

ABSTRACT: *Following a general introduction to understand the issues of the Islamic world and the meaning of some key words, the writing carries out an investigation into the phenomenon of the jihadist terrorism. Beginning with a brief on the debate on the definition of international terrorism, the article looks into the Islamic state system, its evolution during the last period and the increasing of violent radicalization. Considering several studies and statistics, it tries to clarify the causes of the terrorist deviation, reaching the conclusion that it is a complex phenomenon that embraces historical, social and psychological matters.*

PALABRAS CLAVE: terrorismo, fundamentalismo islámico, violenta radicalización, terrorista, Islam.

KEYWORDS: *terrorism, islamic fundamentalism, violent radicalization, terrorist, Islam.*

Fecha de recepción: 11/03/2019

Fecha de aceptación: 20/06/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4837>

* El trabajo ha sido realizado en el marco de una colaboración con el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas de la Univ. Carlos III de Madrid – Cátedra Unesco “Antonio Beristain” de estudios sobre el terrorismo y derechos fundamentales de las víctimas.

** Licenciada en Derecho. Máster en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales por SIOI Roma (Sociedad Italiana para las Relaciones Internacionales). E-mail: elisabetta.cut@gmail.com

1.- EL TERRORISMO INTERNACIONAL

1.1.- La definición de Terrorismo Internacional

El terrorismo es interpretado como un acto deliberado de violencia contra personas, cometido por uno o más sujetos, motivado por una ideología violenta, con la intención de forzar, intimidar o expresar un mensaje, para una audiencia más grande que aquella inmediata¹.

En el derecho internacional contemporáneo el terrorismo está incluido entre aquellos comportamientos individuales gravemente injuriosos de los derechos humanos fundamentales que se califican como "crímenes internacionales" con base en los tratados en la materia, llamados así *treaty crimes*, pero no por derecho consuetudinario.

Los elementos que lo caracterizan, según las convenciones de derecho internacional son: despersonalización de la víctima; miedo; ataque contra poblaciones civiles y combatientes; finalidades política, religiosa, racial, de los ataques; diferentes nacionalidades de las víctimas y de los terroristas; Kamikaze; alta mortalidad; involucramiento de diferentes estados; organización criminal.

La violencia debe ejecutarse deliberadamente contra persona(s): el acto de violencia debe ser un comportamiento activo y deliberado, ejecutado contra una(s) persona(s) en vez de (solamente) contra la propiedad. Mientras no necesita ser cuidadosamente planeado con anticipación, no puede ser solo una reacción a un estímulo externo (los incidentes en los que los autores atraen fuerzas policiales que tratan de arrestarlos durante una incursión no son categorizados como ataques terroristas).

El acto de la violencia debe ser realmente ejecutado; las simples amenazas de violencia, sin cualquier coerción física, no están incluidos en este criterio; los ataques deben ser "terminados", donde el acto físico de la violencia resulte en el perjuicio o la muerte de persona(s). Este concepto se aplica sin considerar si el ataque es "exitoso" en el sentido más severo, queriendo decir que no debe haber cumplido todas las intenciones originales u objetivos del autor en los términos logísticos.

Los ataques "reprobados", donde el acto de la violencia no fue llevado debido a los errores o las decisiones del autor y los ataques "frustrados", donde el acto de la violencia no fue iniciado porque fue

¹ Artículo 2 del "Convenio Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo" aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre 1999; Declaración de Kuala Lumpur sobre el terrorismo del 3 abril 2002; Declaración del 14 febrero 2004 segunda reunión intergubernativa de la Unión sobre el terrorismo en África; art.2 de la Convención sobre el terrorismo de la organización islámica del julio 1999; art. 3 párrafo 1 de la Convención sobre el terrorismo de la Unión Africana del 14 julio 1999.

prevenido, están excluidos.

La violencia debe tener una ideología, la motivación: los ataques deben estar inspirados por una ideología, sin considerar si están relacionados con la ideología de un grupo específico. En principio, las tendencias ideológicas diferentes no podrían ser mutuamente exclusivas.

La violencia no puede estar vinculada simplemente a ganancias o consideraciones personales. Este criterio se relaciona con el propósito de la violencia, requiere que no haya pruebas de que el autor actuó principalmente por motivos personales como la venganza individual, la ganancia y el beneficio personal. Por ejemplo, el caso de un hombre radicalizado que apuñaló a su padre y su hermano en París el 17 de marzo de 2017, no se incluye porque hay pruebas de que el hombre actuó principalmente por razones personales en el contexto de un drama de familia. Al contrario, el caso de Yassin Salhi, que descabezó a su jefe en Saint - Quentin - Fallavier en June 2015, se incluye debido a los indicadores yihadistas que colocó en la cabeza de su víctima durante el ataque y los mensajes que envió a agentes del estado islámicos después.

Para que el acto quede incluido, el auto debe aspirar a forzar, intimidar o expresar un mensaje para una audiencia que se extiende más allá del grupo de víctimas inmediato. Para ser acto de terrorismo debe haber pruebas de la realización de cada uno de estos tres criterios².

Las primeras manifestaciones terroristas a las que se reconoció relieve internacional son los atentados contra jefes de Estado y gobierno que se repitieron entre los siglos XIX y XX, y determinaron la adopción en Ginebra, el 16 de noviembre de 1937, de dos instrumentos internacionales: la Convención para la prevención y la represión del terrorismo y aquél para la creación de una Corte penal internacional competente por el crimen de terrorismo.

Sin embargo, nunca entraron en vigor a causa de la segunda guerra mundial. Posteriormente, las nuevas manifestaciones terroristas, a menudo unidas al proceso de descolonización y a la fallida o incompleta autodeterminación de los pueblos, han dado lugar a la conclusión de una serie de acuerdos internacionales para instituir una cooperación en la prevención y represión del terrorismo, con un modelo normativo al que tiene que conformarse la legislación de los Estados partes.

La percepción del terrorismo como amenaza global contra la paz y la seguridad internacional suele remontarse a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos y a las dinámicas que ellos han originado, la "guerra global al terrorismo", proclamada por la administración Bush y sus

² F. VACAS FERNÁNDEZ, "El terrorismo como crimen internacional", Tirant lo Blanch, 2011.

ramificaciones en Afganistán e Iraq.

En realidad, la comunidad internacional ha percibido el alcance global del terrorismo desde los años 1990 con el caso Lockerbie, atentado ejecutado por terroristas libios contra un avión de Pan Am el 21 diciembre del 1988, que provocó la muerte de 270 personas. Enseguida, la asamblea general de la ONU adoptó la Declaración sobre las medidas para eliminar el terrorismo internacional el 9 de diciembre de 1994, que condena como crímenes injustificables todos los actos, los métodos y las prácticas de terrorismo.

Con este origen, y también a causa de numerosas Resoluciones ONU en otros casos, se ha madurado en la comunidad internacional un amplio y gradual consenso alrededor de la definición general de terrorismo, que ha encontrado solemne afirmación con la Resolución 49/60 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, que contiene la disposición del párrafo 3 de la Declaración anexa: los actos criminales con la finalidad o dirigidos a provocar un estado de terror entre la población, en un grupo de personas o entre determinadas personas por fines políticos son, en cualquier circunstancia, injustificables, cualesquiera que sean las consideraciones de naturaleza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa o de cualquiera otra naturaleza que puedan ser aducidas para justificarlos.

De aquí también la definición global "indirecta" de terrorismo de la Convención de las Naciones Unidas del 1999 para la supresión de las actividades de financiación del terrorismo que, en su art. 2, define el terrorismo como cada acto dirigido a causar la muerte o lesiones personales graves a un civil o a cualquier otra persona que no tome activamente parte en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el objetivo de este acto, por su misma naturaleza o bien por el contexto en el que es cometido, es intimidar a una población o bien obligar a un gobierno o una organización internacional a cumplir o a abstenerse del cumplir un determinado acto.

Sobre la base de tales principios, la más acreditada doctrina ha concluido que existe una definición suficientemente clara y aceptable del crimen de terrorismo y que el terrorismo constituye un crimen internacional previsto como tal en el derecho internacional consuetudinario³. Según Antonio Cassese, se puede hablar pues de persecución de los actos de terrorismo como crimen internacional reconocido por el derecho consuetudinario si recurren tres elementos: 1. Los hechos tienen que ser penalmente relevantes para la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales: homicidio, secuestro de personas, tortura, etcétera; 2. Los actos deben tener la finalidad de imponer a un gobierno o ente internacional el cumplimiento o la abstención de cumplir un determinado acto, esparciendo el terror en

³ A. CASSESE, "*Lineamenti di diritto internazionale penale*", vol. I, il Mulino, 2005.

la población; 3. Los actos tienen que basarse en motivaciones políticas, religiosas o bien ideológicas, no tienen que estar motivados pues por la búsqueda solamente de fines de lucro o intereses privados⁴.

Sin embargo, a pesar de la definición existente, los trabajos del Comité ad hoc, instituido por la Asamblea General en 1996 para predisponer una convención global sobre el terrorismo "internacional" se han bloqueado justo por la imposibilidad de llegar a una definición compartida de acto terrorista.

El disenso concierne no tanto a la definición en sí, cuanto a la formulación de dos excepciones a la aplicación de la noción a las situaciones de conflicto armado, y además, a las guerras de liberación nacional, legitimadas por el principio de autodeterminación de los pueblos, y a las actividades del estado (terrorismo de estado)⁵.

En efecto, se puede afirmar que la noción de terrorismo internacional, aunque esté presente en diferentes tratados, tiene el gran problema de la aplicación a las poblaciones que luchan para autodeterminarse y de las normas de derecho internacional que reglamentan las hipótesis de guerra, ius ad bellum, capacidad reconocida por derecho internacional a determinados sujetos que gozan de subjetividad, como los Estados, los cuales en caso de guerra deben respetar los principios del derechos internacional humanitario, ius in bellum, ya que si no serían acusados de crímenes de guerra según el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una primera reflexión que ha sido puesta bajo el perfil de las normas de derecho internacional ha concernido preliminarmente las siguientes preguntas: 1, si se pueda hablar de "Estado" donde hay los elementos de la territorialidad y la voluntad de un grupo ocupante de denominarse como tal; 2, si frente a la situación de un "territorio ocupado" y de un "grupo armado" militarmente organizados, se aplica la disciplina del derecho de Ginebra, con particular referencia al I y II Protocolo adicional, que reconocen tanto en los conflictos armados "internacionales" como "internos" un status a los territorios ocupados y a los legítimos combatientes.

Una característica común a muchos movimientos terroristas es la de proponerse como un Estado ante la Comunidad internacional, o por lo menos cual "parte" contrayente en las negociaciones con los demás Estados y/o con las autoridades que los representan, y en la mayor parte de ellos, donde no logran tener un territorio controlado, se dan en todo caso una organización estructurada jerárquicamente y una "legitimación" político-social. Piénsese en la historia de movimientos como ETA, IRA, etc. o en las FARC que han representado, incluso con diferentes objetivos, organizaciones paramilitares con el control sobre vastos territorios también

⁴ A. CASSESE, *"I Diritti Umani Oggi"* – Editori Laterza, 2008.

⁵ A. CASSESE, *"I Diritti Umani Oggi"* – Editori Laterza, 2008, pag 196.

consiguiendo complicidad y sostén de las poblaciones locales⁶.

Pero el hecho históricamente más emblemático ha concernido a la OLP, la organización por la Liberación de Palestina, el movimiento que ha sido objeto de acusaciones formales de fomentar el terrorismo internacional y, por otro lado, ha sido incluido entre los "movimientos" de liberación nacionales y reconocido legítimamente como representante del pueblo palestino en el seno de las Naciones Unidas⁷.

La cuestión de los movimientos de liberación nacional, sin embargo, está delineada en el derecho internacional con distinciones bien definidas con respecto al reconocimiento internacional propio de los Estados, prescindiendo en todo caso de las eventuales connotaciones terroristas que, en cuanto tales, son en todo caso siempre ilegítimas.

Al respecto, vale recordar el principio del derecho a la autodeterminación de los pueblos: los pueblos y los países sometidos a dominio colonial, tienen plena legitimidad para el uso de la fuerza armada contra un Gobierno extranjero, racista o colonial con base en el "derecho" a la autodeterminación solemnemente proclamada por la asamblea General de la ONU con la Resolución n. 1514 adoptada, sin ningún voto contrario, el 14 de diciembre 1960.

De todas formas, sobre el problema de los movimientos de resistencia, el derecho internacional de los conflictos armados ha dado una respuesta unívoca: los *freedom fighters*, frente a una supremacía de fuerzas militarmente organizadas, pueden recurrir en todo caso al método de la guerrilla, pero no al terrorismo o a otras formas ilegales de combate contrario a las reglas del jus in bellum, que imponen principalmente la tutela de la población civil y la prohibición de captura de rehenes y tratos inhumanos o degradantes.

Ante tal cuadro, la falta de una definición del crimen internacional del terrorismo es, sin embargo, un falso problema, porque también en este caso socorre un cuadro jurídico todavía bien delineado por el derecho convencional y consuetudinario.

Otras previsiones que condenan los actos de terrorismo, aunque con muchas definiciones, se hallan también en los tratados sobre los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad, localizables ciertamente en el derecho de Ginebra y en la evolución en las normas sustanciales de las jurisdicciones internacionales ad hoc y del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁸.

Por lo tanto, el debate actual relacionado con la posible competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de

⁶ S. ROMANO, "Abuso di Terrorismo: meglio evitare parole sbagliate" in *Corriere della Sera* del 17.9.2014.

⁷ H. OLÁSULO ALONSO, A.I. PÉREZ CEPEDA, "Terrorismo Internacional y conflicto armado" Tirant lo Blanch, 2008.

⁸ A. MARCHESI, "Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti obblighi e garanzie", Editore Franco Angeli, marzo 2007.

terrorismo internacional no es la definición en si misma, que como queda demostrado está contenida en diferentes tratados, y tampoco la cuestión de la autodeterminación de los pueblos, ya que los movimientos de liberación, como se ha considerado, en caso de conflicto armado, tienen el derecho del IUS ad bellum, y deben respetar el IUS in bellum, si no quieren ser culpables de crímenes de guerra.

La pregunta principal es cómo se diferencian los actos terroristas de las conductas típicas de los crímenes de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de la Corte.

1.2.- El nuevo terrorismo internacional. Los fundamentalistas islámicos

La democracia, la paz, la libertad de las personas, etc., pueden verse amenazadas por el fortalecimiento del fundamentalismo, una palabra controvertida que hace referencia a aquéllos que tienen ideas totalitarias y que intentan imponer estos pensamientos en la comunidad donde viven; se puede hablar de fundamentalismo religioso, cultural, económico, científico, etc, aunque la base del fundamentalismo haya sido siempre religiosa. Como ejemplo, se pueden considerar las guerras de religiones que se propusieron el objetivo de introducir los principios religiosos en la organización del Estado, de la vida social y colectiva⁹.

Desde esta premisa, sería interesante concentrarse en el fundamentalismo religioso islámico, que está presente en la crónica actual, creando inquietud a nivel global.

El fundamentalismo islámico es un fenómeno que empezó a manifestarse en los años 80 del siglo XX, y que ha involucrado a las sociedades de Oriente Medio, Asia o África, además del mundo occidental, luchando contra un modelo de civilidad anti-occidental mediante métodos no violentos.

En este contexto se ha producido el primer problema y equívoco, porque hay una tendencia bien marcada que confunde el fundamentalismo islámico con el terrorismo islámico, concepto que no coincide con la ideología de las poblaciones islámicas¹⁰. Como ha destacado Bernard Lewis, un famoso orientalista moderno, se debería distinguir entre fundamentalismo islámico e integrismo islámico, porque solo en esta última hipótesis se puede considerar una ideología que quiere abrogar todas las normas sociales y códigos jurídicos existentes, sustituyéndolos con la aplicación de la Shari'a (ley islamica) a través de un método revolucionario.

⁹ P. GUOLO, "I fondamentalismi". *Le origini storiche del fondamentalismo: da quello islamico a quello cristiano, dall'ebraico a quello delle religioni orientali*, Bari, Laterza, 2002.

¹⁰ W. SOVINKA, "Clima di paura" Torino, Codice Edizioni, 2005.

El mundo musulmán es una sociedad que incluye diferentes países y es un conjunto de orientaciones políticas diferentes porque hay musulmanes laicos que afirman la diferencia entre ley del estado y la Shari'a, proponiendo que los gobernantes deban ser elegidos por la población; musulmanes moderados que dan importancia a la ley islámica como fuente de inspiración de la ley estatal, pero consideran que los jefes de estado tienen que ser elegidos por la población; y en fin musulmanes radicales que dicen que la ley islámica debe ser ley del estado¹¹.

Este último, el elemento religioso y fundamentalista, se ha impuesto en estos estados ya que no existía una fuerza política capaz de satisfacer las exigencias de la población, y se impuso como fuerza anti- occidental y anti- imperialista en los países musulmanes donde el régimen laico había fallado, transformándose en dictaduras como las de Siria, Libia, Iraq; en conclusión, solo la religión habría permitido la creación de una identidad única que reuniera todos los pueblos con culturas diferentes pero con el mismo credo.

Por esa razón los grupos islámicos, como hermanos musulmanes en Egipto, Gamaa islamya en Pakistan o Ennahdha en Túnez, han nutrido la esperanza de crear un modelo de civilidad con principios del Islam rechazando la hegemonía militar, política o cultural occidental pero sin manifestar hostilidad alguna frente a la cultura occidental¹².

Al contrario, el islam que se está manifestando en estos años, es el ala radical, que mediante el método terrorista quiere luchar contra occidente, usando la religión como elemento de unión. En este contexto y antes de avanzar más, hay que considerar algunas palabras claves¹³:

ISLAM: es una religión monoteísta basada en la predicación de Mahoma, sus seguidores se llaman musulmanes. Cinco son los principios que la reglamentan: ser fiel a un solo Dios y al profeta Muhammad; rezar 5 veces al día; ayudar a los pobres; Ramadán; organizar un viaje a la Meca por lo menos una vez en la vida.

SHARI'A: conjuntos de leyes islámicas.

FUNDAMENTALISMO: es una tendencia bíblico-teológica conservadora nacida en los primeros años de los noventa en el seno del cristianismo protestante. En el mundo islámico, se define como un movimiento político- religioso dirigido a restablecer la tradición de la ley islámica.

YIHAD: guerra santa, yihad, se refiere al decreto religioso de guerra, basado en la llamada, por parte del Corán, para extender la ley de Dios. El orientalista británico-estadounidense Bernard Lewis argumenta que en los hadices (Historias de la vida del Profeta) y en

¹¹ M. MANDANI, *"Musulmani buoni e cattivi"*, Roma- Bari, Laterza, 2005.

¹² R. GHANNOUCHI (leader del grupo islámico tunecino), *"Islamizzare l'Occidente"*, Rivista *"Internazionale"*, n.122.

¹³ P. CASTAGNETTI, *"Il presente come storia"*, edizioni CLIO, 2010.

los manuales clásicos de jurisprudencia Islámica, *yihad* tiene un significado militar en la mayoría de los casos.

TEOCRACIA ISLAMICA: es un régimen político donde el jefe religioso es también el jefe político.

1.2.1.- El estado islámico: ISIS

Los miembros del ISIS se han distinguido por la adopción de "métodos de combate típicos de las batallas tradicionales" y por "el efectivo control del territorio conquistado": de aquí la conclusión que los miembros del ISIS podrían ser considerados "parte" de un conflicto conforme a las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales y conforme a los objetivos de la jurisdicción internacional en el caso de actos de violencia contra la población civil.

La atención otorgada al elemento de la territorialidad del ISIS permite necesariamente delinear una nueva categoría jurídica, un tipo de "híbrido" entre las comunes definiciones jurídicas de "conflicto interno" y "conflicto internacional."

No hay duda que bajo el perfil de la territorialidad el ISIS es protagonista de un "conflicto interno" en el reconocido Estado iraquí, el cual ha asumido el control de una parte específica de territorio, y tal situación debería reconocer no ya la naturaleza de los grupos armados del ISIS como legítimos combatientes sino como "insurgentes", con las consiguientes limitaciones de reconocimientos y la jurisdicción iraquí por la contraposición armada al legítimo gobierno de Bagdad. No sólo, la posición del ISIS no puede declinar ningún principio de autodeterminación que pueda permitir cualquier tipo de reconocimiento como movimiento de liberación nacional, porque no existen las condiciones de ocupación de potencias extranjeras y/o de gobiernos coloniales o racistas¹⁴.

Así, con un cuadro jurídico en todo caso de "conflicto interno" vale recordar el fundamental Art.3 de las cuatros Convenciones de Ginebra del 1949, definido como un mini-tratado de derecho internacional consuetudinario: "En el caso en que un conflicto armado privado de carácter internacional sobre el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada uno de las Partes beligerantes debe aplicar al menos las disposiciones siguientes: 1. Las personas que no participan directamente en las hostilidades, comprendidas los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquiera otra causa, serán tratadas, en toda circunstancia, con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable que se refiera a la raza, al color, a la religión o a la creencia, al sexo, al nacimiento o al censo, o fundada sobre cualquier otro criterio análogo. A este respecto quedan prohibidas: a. las violencias contra

¹⁴ L. CARACCIOLO, "Le maschere del Califfato", Limes, n.9, 2014.

la vida y la integridad corporal, especialmente el asesinato en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios; b. la captura de rehenes; c. los ultrajes a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d. las condenas pronunciadas y las ejecuciones realizadas sin previo juicio de un tribunal regularmente constituido, que ofrezca las garantías judiciales reconocidas como indispensables de los pueblos civiles. 2. Los heridos y los enfermos serán recogidos o curados. Un ente humanitario imparcial como el Comité internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus favores a las Partes beligerantes que se esforzarán, por otro lado, en poner en vigor, a través de acuerdos especiales, todo o parte de las otras disposiciones de la presente Convención. La aplicación de las disposiciones que preceden no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes beligerantes.”

Sin embargo, en la situación del ISIS también se han evidenciado fuertes rasgos de "internacionalidad": la presencia de sus fortalezas en Siria, el apoyo también financiero recibido por otros Estados y las explícitas amenazas de una guerra "global" contra los Estados occidentales y al mundo cristiano son los elementos que han inducido ciertamente a calificar el desafío del nuevo jihad del ISIS como "conflicto internacional".

Esta consideración objetiva e inevitable, unida al elemento de la organización territorial y militarmente estructurada de las milicias del ISIS, debería llevar consecuentemente a reconocer al ISIS como "parte" de un conflicto internacional, cuyo componente militar podría ser por tanto reconocido como "legítimo combatiente", y sometido por lo tanto a las normas del derecho internacional humanitario.

Pero en este cuadro se introducen los otros elementos esenciales sobre la cuestión, que delinean una neta distinción de las categorías conceptuales tratadas: el acto de agresión y la violencia terrorista.

Considerando que en la situación del ISIS queda excluida cualquier posible legitimación como movimiento de liberación nacional, los ataques armados dilatados se configuran como delito que sobre el orden del derecho interno se pueden perseguir autónomamente como acto de rebelión frente al gobierno legítimo o subversión, y sobre el orden del derecho internacional como contra ius, como ilegítimo ejercicio de la violencia bélica o agresión.

Es ciertamente conocido que la comunidad internacional no ha llegado todavía a una definición unívoca del "crimen" contra la paz representado por la agresión, y la circunstancia también es confirmada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, incluso previendo la jurisdicción sobre tal crimen, reenvía el ejercicio a la definición de la asamblea de los Estados parte, (Art.5 párrafo 2)¹⁵.

¹⁵ A. CASSESE, "Lineamenti di diritto internazionale penale", vol.I, il Mulino ,2005,

Sin embargo, en el derecho internacional consuetudinario esta clara la prohibición de algunas formas tradicionales de agresión que no pueden encuadrarse en las acciones de legítima defensa, según el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, declarativo del derecho consuetudinario.

Por tanto, cualquier ataque armado no justificado por la legítima defensa representa una violación del art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe el empleo o la amenaza de la fuerza, y como tal, configura una responsabilidad "internacional" del Estado, pero también la responsabilidad penal individual de los que materialmente han realizado la conducta ilícita.

En el caso del ISIS y las fuerzas tribales suníitas se está, en particular, frente a una ocupación de territorios de Estados soberanos, Iraq y Siria, con el objetivo de sustraer otras partes de territorio para constituir el nuevo "califato" islámico, entidad que se propone expresamente de extender la yihad islámica y, como tal, es claramente una amenaza para la paz en la región de Oriente Medio y para la comunidad internacional.

Por si eso no bastara, debe evidenciarse que estos ataques armados se ejecutan con ulteriores comportamientos criminales constituidos por las graves violaciones al jus in bellum y al sistema de tutela de los derechos humanos, no obrando distinción alguna entre objetivos militares y civiles y, sobre todo, no salvaguardando a la población civil, llegando a la comisión de matanzas generalizadas, secuestros y decapitaciones de rehenes, torturas a otros graves crímenes y actos de terrorismo¹⁶.

Como en parte ya ha sido enunciado, en muchos análisis se han subrayado los presuntos elementos de diversidad y novedad del ISIS.

Los milicianos del Estado islámico adoptan estructuras y asumen posturas de ejército convencional, tienen una fuerza militar que la CIA ha estimado en 20.000-30.000 hombres, organizados sobre brigadas articuladas, sobre batallones de 200-300 unidades con amplia autonomía táctica y ágiles formaciones motorizadas de 80-100 hombres con provisiones de armamento moderno. Y a la vez que extienden su control sobre el territorio, promueven la edificación político-administrativa del califato.

Pero el ISIS es sobre todo un movimiento que propugna el desarrollo del terror: su método principal de lucha es aterrorizar, encarnizándose sobre el enemigo, destrozando a los prisioneros, degollando a los rehenes inermes, difundiendo luego las bárbaras secuencias vía internet con amenazas terroríficas sobre quienquiera que sea considerado en contraposición a su dibujo profético.

Este cuadro delinea pues una clara definición de las milicias del ISIS como grupos armados contra ius, cuerpos combatientes ilegítimos, responsables de graves crímenes contra la paz, crímenes

¹⁶ Le tappe del terrorismo locale in <http://www.ispionline.it>, 2014, p.147.

de guerra y crímenes contra la humanidad perseguibles internacionalmente, que confluyen principalmente en actos de terrorismo. Y el hecho de que un ejército entero se caracterice por sus métodos de combate criminales tiene un preciso relieve en la imputación de las responsabilidades jurídicas internacionales: los Schulz-Staffen-S.S., los Siercherieits-Dienst-S.D y el Gheheime Staats polizei-Gestapo han sido reconocidas por la jurisdicción del Tribunal de Nuremberg como organizaciones de naturaleza criminal, con base en el principio de responsabilidad penal.

Además, el derecho internacional considera condiciones absolutamente rigurosas para poder considerar como "legítimos combatientes" a los miembros de cualquier grupo armado que: a) sean comandados por una persona responsable para los mismos subordinados; b) lleven una señal distintiva reconocible a distancia; c) lleven abiertamente las armas; d) se conformen, en sus operaciones, a las leyes y a empleos de guerra.

Sobre este aspecto, el derecho internacional no ofrece espacios: el ISIS no puede aspirar a reconocimiento alguno en las relaciones internacionales con los Estados, porque su connotación es la de una organización terrorista que obra sistemáticamente realizando y propugnando crímenes de guerra y contra la humanidad. De aquí, la plena legitimidad del empleo de la fuerza y las medidas antiterroristas en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a través del Consejo de seguridad o el ejercicio, por parte de uno o más Estados concretamente amenazados, según el derecho a la autodefensa o legítima defensa del Art.51 de la Carta, ejercitado en los límites de la necesidad y la proporcionalidad.

Frente a una amenaza terrorista que va rediseñando su orden sobre el orden global, ha sido pues de fundamental importancia que el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas haya aprobado, por unanimidad, la Resolución 2178 del 24 de septiembre 2014, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*. La Resolución reconoce y afirma en todo caso la ilegitimidad del ISIS, incluyéndola expresamente entre las organizaciones criminales y terroristas - junto a la Frente de A. el Nusra (ANF) y a otras células, filiales, emanaciones y grupos disidentes de Al Qaida, incluidas en la *black list* del Consejo de seguridad en fuerza de las Resoluciones 1267 (1999 y 1989, 2011) - y prevé una acción global contra los "terroristas extranjeros" en Iraq y Siria y la amenaza que representan en los otros Países, imponiendo la obligación internacional de los Estados de parar el alistamiento, la organización, la financiación y sus desplazamientos.

La Resolución 2178 es pues un paso importante para la comunidad internacional que, en primer lugar, ha enunciado en el preámbulo que el terrorismo, en todas sus formas y en todas sus manifestaciones, constituye una de las amenazas más graves contra la paz y la seguridad internacional y que todos los actos de terrorismo

son criminales e injustificables, cualquiera que sean las motivaciones, el contexto y los autores, y por lo tanto, ha invitado a los Estados a reforzar las medidas de cooperación internacional para contrastar tal amenaza sobre la base de las normas del derecho internacional.

Se trata de una acción que la comunidad internacional ha adoptado a máximo nivel de representatividad del sistema de seguridad colectivo sobre las acciones del ISIS y evidentemente está destinada a ser implementada por una actividad de negociación internacional, tal vez también componiendo una red de consentimiento más extenso en el contexto árabe.

Como queda enunciado por la dirección también dada por las Naciones Unidas para la acción global antiterrorista con la Resolución 2178, hace falta pues un desafío cultural, un papel muy eficaz que podrá ser desarrollado por las mismas comunidades de musulmanes occidentales y europeas en particular, que han comprendido que la idea de Califato sólo es una manifestación de barbarie y amenaza para hacer retroceder el difícil recorrido de las comunidades árabes en la afirmación de su más auténtica identidad.

Este es el empeño que en particular la Unión Europea y los Estados Unidos tienen que sustentar, aclarando que no se quiere notar para nada la inmanencia de un choque de civilizaciones dirigido a afirmar la supremacía de una sobre la otra, sino que se quieren crear las premisas para por ejemplo afrontar la cuestión sobre los principios de derecho apenas enunciados; y también sobre los temas de las identidades culturales y nacionales y la solidaridad en la cooperación económica y social. Sobre estas bases se puede promover por fin una renovada iniciativa de aproximación para un encuentro de civilizaciones entre las sociedades occidentales, que pueden empeñarse en remover las principales causas de marginación de las poblaciones, de que se nutren los nuevos fanáticos del terror, y un mundo árabe y un islam que tienen necesidad de no erigir muros al diálogo entre culturas y sobre todo de desarraigarse de cualquier ideología terrorista.

2.- LOS TERRORISTAS YIHADISTAS

2.1.- Quienes son los terroristas

Los datos muestran que la mayoría de los autores de los atentados tenían una edad comprendida entre los 25 y 30 años.

Seguramente, el dato más preocupante es el empleo de niños. Muchos grupos yihadistas ha dedicado gran atención al adoctrinamiento y entrenamiento de menores: los "cachorros" del Califato, como han sido rebautizados oficialmente. Es conocido que decenas de niños han llevado a cabo operaciones suicidas; otros han participado en ejecuciones capitales.

Además, y a diferencia de otros grupos armados y milicias

como los que emplean a niños soldados en conflictos en África y en Asia, el estado islámico ha reservado gran espacio al empleo de los niños en el ámbito de la su vasta y sofisticada actividad de propaganda.

No se conoce cuantos menores hayan sido efectivamente implicados en las actividades del sedicente Califato, pero a aquellos ya presentes en las áreas conquistadas por la organización de al-Baghdadi, hay que añadir aquellos de otros países que cuentan como "foreign fighters". Se estima que solamente de Europa occidental hayan llegado a Siria e Iraq cerca 800 niños¹⁷.

Además, es importante evidenciar que parte del material didáctico de la organización está en todo caso disponible on-line, también en idiomas diferentes del árabe, y por lo tanto, puede ser utilizado en otras áreas geográficas, también después de la caída del Califato.

El adoctrinamiento en el territorio gobernado por el Estado islámico se basa en un enfoque sistemático, con estructuras centralizadas y procedimientos rígidos, y en donde la asistencia a las escuelas administradas por la organización es obligatoria, con clases separadas por sexo y con el uso de penas corporales. También los docentes han padecido fuertes presiones e intimidaciones para que se conformaran rigurosamente al papel que les fue impuesto, ya que la formación de los niños incluye ante todo la enseñanza de los fundamentos ideológicos de la organización a través de manuales adecuados¹⁸.

El objetivo es transformar a los alumnos en "ciudadanos" del Estado islámico y sobre todo en militantes yihadistas. Obviamente, los menores son particularmente vulnerables a las intervenciones de condicionamiento y a la manipulación.

En esta actividad de adoctrinamiento, la organización de al-Baghdadi esta atenta a legitimar la misma actividad, misión y autoridad, re-interpretando selectivamente algunos aspectos de la doctrina y la historia islámica, a la luz de la ideología salafita - yihadista.

En las escuelas del Estado islámico, los docentes deben hacerles memorizar algunos versículos del Coran o de los Hadith, dichos y hechos atribuidos al Profeta, con el intento de justificar la ideología extremística de la organización, y los niños también son forzados, a su vez, a realizar actividades de divulgación y proselitismo.

El material didáctico empleado exalta dogmáticamente la importancia de la institución del Califato y el papel de la yihad y el

¹⁷ F. MARONE, M. OLIMPO, "A lezione di jihad. L'indottrinamento dei bambini ai tempi del califfato", commentary on ISPI (Istituto per gli studi di politica internazionale) website, marzo 2018.

¹⁸ J.G. HORGAN, "From cubs to lions: a six stage model of child socialization into the Islamic state", *Studies in conflict and Terrorism*, Vol.40, N 7, 2017.

progreso de la historia islámica. Además, según una lógica maniquea, son explícitamente condenadas o bien eliminadas ideologías y prácticas modernas como la democracia, el nacionalismo o el patriotismo. El tema del martirio también se trata con frecuencia.

Los docentes ilustran las acciones suicidas de los milicianos del grupo y las glorifican sustentando que a través del cumplimiento de tales operaciones es posible tener acceso al paraíso. Además del neto rechazo de la cultura occidental, los libros del Estado islámico también enfatizan el concepto del takfir o bien la práctica de acusar a otros musulmanes de ser en realidad "infiel", kuffar, y por lo tanto merecedores de ser castigados, también con la pena de muerte.

Enfatizando esta idea extremista, los libros escolares religiosos indican los comportamientos concretos que han de asumirse y de evitarse al objeto de ser "verdaderos" musulmanes.

Hace falta, por fin, notar que en las escuelas del Califato algunas materias comunes son excluidas, por considerarse peligrosas: entre ellas, la música, el dibujo y la filosofía; otras materias como la geografía política, presentan restricciones y censuras, y otras han sido completamente remodeladas, cambiando el sentido originario, como la educación física, ahora dirigida a preparar a pequeños milicianos en la lucha armada.

La ideología radical también está presente en los cursos no pertinentes directamente al credo salafita-yihadista. En efecto, en los libros de gramática o matemáticas, los ejercicios son ilustrados con imágenes bélicas¹⁹.

De forma distinta, tradicionalmente, el papel de las mujeres en las actividades de terrorismo ha sido principalmente limitado a tareas auxiliares como la contratación, la logística, o el soporte al terrorismo, además de la función de ser madres de una nueva generación de militares, y supervisar a otras mujeres también (a través de la brigada al Khanssaa, unidad de sexo femenino).

Sin embargo, en algunos casos, las mujeres han asumido papeles más activos. Al Qaeda, Boko Haram, Shabaab y otros grupos islámicos las han usado como terroristas suicidas ocasionalmente, aunque solamente 2 sobre 65 autores (3 %) eran de sexo femenino^{20,21}.

También la relación entre el terrorismo y la emigración es complicada y ha estado en el centro de los debates. Desde el análisis llevada a cabo en diferentes centros de estudio del fenómeno del terrorismo se ha destacado que la mayoría eran ciudadanos o

¹⁹ J. OLIDORT, "Inside the Caliphate's Classroom: textbooks "Guidance literature and indoctrination methods of the Islamic state, policy focus, The Washington Institute for Near East Policy, agosto 2016.

²⁰ A. ALEXANDER, "Cruel Intentions: Female Jihadists in America, Program on Extremism", *The George Washington University D.C.*, noviembre 2016.

²¹ Terrorist attacks, failed attacks and plots in the West linked to the Syrian-Iraqi context (2013- 2016), *Center for the Analysis of Terrorism (CAT)*, marzo 2017.

procedentes de algún país cercano; a decir verdad, 73 % eran ciudadanos del país en el que cometieron el ataque (en algunos casos, eran ciudadanos dobles de otro país), otro 14% eran residentes legales o visitantes legítimos, como Chakib Akrouh, ciudadano belga y marroquí, que vivió en Bélgica antes de ejecutar uno de los atentados en París en noviembre 2015.

Al menos dos personas involucradas en el ataque de París, habían pasado como refugiados para entrar en Europa vía Grecia presuntamente; Tres personas (5 %) eran refugiadas o solicitantes de asilo a la época del ataque, y cuatro (6 %) residían en el país ilegalmente²².

Otro dato muy importante es el reporte entre conversos y militantes islámicos: solo el 17 % de los autores eran conversos, 13% norteamericanos (dos tercios eran ciudadanos de los EE.UU. y un tercio canadienses) y el 3% conversos de países europeos²³.

Por lo tanto la mayoría de los terroristas no eran conversos, sino solo radicalizados; los demás tenían un pasado criminal, ya que las cárceles pueden ser sitios donde el proceso de radicalización puede llevarse a cabo muy fácilmente²⁴.

Se trata de un dato muy interesante que destaca como la mayoría de los militantes islámicos no eran personas ya convertidas a la religión islámica, sino gente marginada de la sociedad que ha sido instigada a radicalizarse por parte de integralistas islámicos.

2.1.1.- La conexión de los terroristas con el estado islamico

Hay que destacar que desde la perspectiva de las operaciones, los ataques que han golpeado a occidente desde Junio 2014 pueden ser divididos en tres macro- categorías: 1. Los terroristas que han actuado bajo las órdenes directas del liderazgo del estado federal islámico (8 %); 2. Los terroristas sin conexión con el estado federal islámico, pero motivados por su mensaje (26 %); 3. Terroristas individuales que tenían una forma de conexión con el estado islámico pero que actuaron por separado (66 %)²⁵.

La primera y la tercera tipología siguen un modelo que fue asumido frecuentemente por AlQaeda durante los años noventa y la

²² Global Terrorism Database (2016), *Center for the Analysis of Terrorism (CAT)*, abril 2017.

²³ B. SCHURMANN, P. GROL, E.S. FLOWER, "Converts and Islamist Terrorism: an Introduction", ICCT Policy Brief, the international centre for counter- terrorism – The Hague, junio 2016.

²⁴ The International Centre for study of radicalization and political violence (ICSR), King's College, London, 2016

<http://icsr.info/wp-content/uploads/2017/05/Criminal-Pasts-Terrorists-Futures.pdf>

²⁵ S. MULLINS, "Lone – Actor vs. Remote-Controlled Jihadi Terrorism: Rethinking the Threat to the West", *War on the Rocks*, 20 de abril 2017

[Http://warontherocks.com/2017/04/lone-actor-vs-remote-controlled-jihadi-terrorism-rethinking-the-threat-to-the-west/](http://warontherocks.com/2017/04/lone-actor-vs-remote-controlled-jihadi-terrorism-rethinking-the-threat-to-the-west/)

primera década del siglo XXI; cuando la organización de Osama bin Laden seleccionó como reclutas a personas con características adecuadas para llevar a cabo ataques en occidente, como aquellas con relaciones preexistentes en occidente, a las cuales les estaba permitido viajar a esos países.

Una vez detectados los reclutas, el grupo entrenaba a tales reclutas meticulosamente, suministrándoles la destreza necesaria para organizar un ataque con éxito, como montar explosivos, manejar armas automáticas, comunicarse bien y evitar la vigilancia.

Aunque la dinámica y la independencia dejada a los atacantes variaban y eran, en muchos casos, difíciles de verificar, los planificadores de Al Qaeda dejaban a los reclutas una lista con objetivos y con las modalidades de atentado antes de enviarles a Occidente; quedando en contacto y coordinando los temas logísticos, y proporcionando sugerencias en caso de problemas imprevistos.

Terminada la misión con el éxito del atentado, Al Qaeda reivindicaba la responsabilidad inmediatamente, a menudo a través de un supuesto "Video de martirio" que tenía como protagonista a los atacantes que explicaban las razones para sus acciones. Los ataques de 7 de julio de 2005 en Londres son un ejemplo de este enfoque²⁶.

Ya en el 2004 la estructura jerárquica de la organización cambia y muda hacia una estructura por células como nueva fórmula organizativa del terrorismo, que ha sido retomada por algunos miembros del universo de la yihad como Mustafa al-Qadir Setmariam Nasar, alias Abu Musab Al-Suri, que en el discurso sobre la resistencia islámica mundial de 2004 escribe que la organización jerárquica y centralizada de los grupos terroristas ya está anticuada, porque esta estructura debilitaría la organización, volviéndola más vulnerable a las operaciones de las fuerzas anti-terroristas.

Al-Suri propone reemplazar la estructura jerárquica centralizada con una red de células independientes que actúen de forma autónoma. Tales células deberían constituirse por uno o dos individuos y entre las células no debería existir unión organizativa alguna, sino exclusivamente ideológica o bien un programa y un objetivo común. Al-Suri cree, finalmente, que entre el liderazgo de Al-Qaeda y las células no se debería crear ningún contacto para garantizar el secreto y la inaccesibilidad de la organización, lo que comporta necesariamente la completa fragmentación de la organización²⁷.

Makkawi, en "la estrategia de Al-Qaeda hasta el 2020" teoriza que la organización terrorista debería transformarse en una red

²⁶ Report of the official account of the bombings in London on 7th July 2005, BBC News, 11 de mayo 2006

http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/11_05_06_narrative.pdf

²⁷ G. TAFFINI, "Organizzazione per cellule del terrorismo Jihadista", *Terrorismo internazionale politiche della sicurezza, diritti fondamentali, speciale questione giustizia*, septiembre 2016, pp 62.

infinita de células que actúen de forma autónoma.

La preconizada estructura de células individuales, teorizada por Al-sari y Makkawi, no ha tardado manifestarse violentamente con una serie de atentados ejecutados por este tipo de células individuales e independientes, como el atentado de Madrid del marzo 2004, en el que se ha demostrado por las autoridades que el ataque fue perpetrado por una célula local inspirada en Al-Qaeda pero que no recibió ninguna orden de los líderes de la organización.

Por cuanto concierne a los ataques de París del pasado 13 noviembre de 2015, la totalidad de los medios de comunicación italianos y extranjeros afirmaban que habían sido el resultado de una orden directa procedente del califado del Estado islámico.

Ahora bien, mientras que queda clara la total afiliación ideológica de los terroristas; a día de hoy no hay elementos conocidos para creer que los mismos hayan actuado guiados por las ordenes de las altas jerarquías del Estado islámico, ya que, la teoría por la cual los terroristas habrían actuado bajo dicha orden se basa exclusivamente en las genéricas reivindicaciones de los agentes del mismo Estado.

Según otra corriente, aunque no se sepan todos de los detalles de los ataques de París, incluso de los de Bruselas, con el tiempo, se ha puesto claro que los mismos fueron concebidos y planeados por una unidad francófona del servicio de operaciones externas del estado islamico, conocido como Emni²⁸. La unidad incluía al hombre que condujo a los comandos de París, Abdelhamid Abaaoud, que reclutó a muchos de sus amigos de infancia para el estado islámico²⁹.

²⁸ El Emni es la unidad de inteligencia del estado islámico.

Los planes de creación de la unidad se basan en documentos escritos por Samir Abd Muhammad al Khilafawi (alias peregrino musulmán Bakr), un ex coronel en los servicios de inteligencia de Saddam Hussein y un jefe de ISIS de alto rango.

Después de la muerte de Haji Bakr en 2014, sus discípulos usaron estos documentos para crear la unidad de Emni, que fue dirigida por Abu Muhammad al - Adnani hasta su muerte en agosto 2016.

El jefe actual de la unidad está poco claro. En territorio de ISIS, Emni trata de desarrollar la misma cultura del miedo que la policía secreta usó para dirigir Irak durante el régimen Saddam: monitoreando contactos y comunicación dentro y fuera de territorio de ISIS, animan a personas a informar sobre el comportamiento sospechoso de sus vecinos, y dirigen las operaciones de contraespionaje extensivas contra espías potenciales. Además de la inteligencia interna, el Emni es adicionalmente responsable de planear y dirigir las operaciones externas, incluido reclutar a luchadores extranjeros y atacantes y crear los ataques fuera de territorio de ISIS, incluso en países occidentales.

El Emni era responsable de entrenar y reclutar a los yihadistas que ejecutaron los ataques de París de noviembre y de Bruselas, y también otras operaciones. También está involucrada en la creación de la propaganda pro-ISIS, animando a aspirantes a yihadistas a dirigir los ataques hacia zonas que están fuera de territorio de ISIS.

²⁹ A. SPECKHARD, E A.S. YAYLA, "The ISIS Emni: The Origins and Inner Working of ISIS's intelligence Apparatus", *Perspective on Terrorism*, vol.11, n.1, 2017.

<http://www.terrorismanalyst.com/pt/index.php/pot/article/view/573>

La formación de esta unidad francófona dentro del Emni es probablemente la razón principal del por qué Francia y Bélgica han sufrido un número desproporcionado de ataques, ya que los miembros de la unidad han utilizado sus propios contactos (tanto en línea como fuera de línea) en esos dos países.

La pregunta muy importante que desconcierta a la comunidad de la lucha antiterrorista es si el estado islámico, que ha sufrido pérdidas territoriales importantes y ha gastado gran parte de sus energías para prevenir mayores pérdidas, todavía puede mantener la habilidad de planear ataques sofisticados en Occidente.

Comprender este asunto es fundamental para planear la mejor estrategia de lucha contra el terrorismo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los atentados de París han hecho que el Gobierno francés declare la guerra total al Estado islámico y proclame el Estado de emergencia. Este enfoque está comportando una progresiva limitación de las libertades fundamentales, y una regresión del Estado de derecho tornándose en Estado de seguridad, donde los poderes de la autoridad judicial son reemplazados por los de policía, con un aumento de la discrecionalidad del poder ejecutivo y menores controles.

Esta tendencia del Gobierno francés en particular, y de todos los gobiernos occidentales de forma general, tiene, en el mejor de los casos, dos consecuencias. La primera, como ya se ha dicho, que los gobiernos occidentales no logran actuar dentro de los confines del Estado de derecho³⁰, teniendo que recurrir a la proclamación del estado de emergencia; La segunda, que la amenaza yihadista se afronta tratándola como un fenómeno único, y siguiendo la relación acción (atentado terrorista) – reacción (por ejemplo, bombardeos contra el Estado Islámico).

Así, el balance entre derechos y seguridad no se realiza a nivel teórico, sino que se construye a través de la programación de una serie de intervenciones *ad hoc* en la lucha contra el terrorismo de células dentro de las garantías del Estado de derecho³¹. Esto implica, ante todo, la necesidad de un conocimiento profundo de las causas y de los canales del radicalización - de la cárcel a internet - para planear una acción variada de prevención; espacios de creación de ocasiones de efectiva integración y el abandono de las políticas de segregación, que privilegian inversiones en seguridad y la erección de barreras en detrimento de intervenciones que creen inclusión social; de una *intelligence* realizada con servicios de información democráticos y democráticamente controlados.

No es posible contrastar una amenaza como la del terrorismo

³⁰ Amnesty International, "*Dangerously, disproportionate, the-ever expanding national security state Europe*". Report, enero 2017.

³¹ L. FERRAJOLI, "Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo yihadista", *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale questione giustizia, septiembre 2016, pp 8.

por células sin servicios de seguridad; pero es necesaria una reflexión sobre como deberían obrar tales servicios para ser eficaces y quién y con qué poderes -ejecutivo o autoridad judicial- debería estar a cargo de su dirección y/o control.

En todo caso, se puede afirmar que el Estado islámico y la yihad por células son ciertamente fenómenos no privados de múltiples interconexiones, pero que, sin embargo, deben considerarse independientes el uno del otro y como tales, tienen que ser combatidos. Por tanto, la estrategia de un ataque frontal al Estado islámico como forma de combatir a las células yihadistas presentes en Europa podría considerarse como una falta total de visión del universo yihadista, y sobre todo, de la necesaria conciencia de la fuerte heterogeneidad que lo caracteriza.

Efectivamente, como ya se ha destacado, los últimos ataques vistos en occidente caen dentro de una categoría de híbrido, ya que no parecen dirigidos externamente pero tampoco resultan totalmente independientes.

Sin embargo, algunos parecen tener una multitud de fuentes: las operaciones pueden ser llevadas a cabo por personas conectadas con estado islámico, que actúan con total autonomía, permitiendo así al estado islámico obtener publicidad e impacto mediático con una baja inversión de recursos.

Este híbrido dinámico ha aumentado por el crecimiento del fenómeno de "Planificadores virtuales" (virtual planners) que son personas que, usando intercambio de mensajes on line y las redes sociales con códigos cifrados (facebook, twitter, Whatsapp, telegram), se conectan con aspirantes a atacantes en países fuera de territorio del estado islámico y les guían para ejecutar los ataques³².

2.1.2.- Los terroristas sin conexión con el estado islámico: Lobos solitarios

Mientras en algunos casos el enlace de las operaciones con el estado islámico fue revelado por investigadores meses después del ataque, muchos de los atentados de los últimos tres años han sido llevados a cabo por personas que sólo tenían una conexión ideológica con el ISIS.

Estas personas organizan los ataques sin ninguna forma de soporte o incluso de conocimientos de gente vinculada, aunque algunos de ellos podrían haber interactuado en algún momento con miembros del grupo, virtual o físicamente.

En algunos casos, aunque estuvieran clara las simpatías para el estado islámico, sus acciones parecían haber sido motivadas por: 1)

³² D. GARTENSTEIN-ROSS, y M. BLACKMAN, "ISIL's Virtual Planners: a critical terrorist innovation", *War on the Rocks*, 4 de enero 2017 <https://warontherocks.com/2017/01/isils-virtual-planners-a-critical-terrorist-innovation/>

otras ideologías, 2) razones personales, y/o 3) cuestiones psicológicas y psiquiátricas³³.

Los casos en los que los autores parecen haber estado motivados tanto por ideología yihadista como por otras ideologías han ocurrido tanto en Europa como en Estados Unidos. Un ejemplo es el caso de Zale Thompson (alias Zaim Farouq Abdul - Malik), que atacó a cuatro oficiales del departamento de policía de Nueva York con un hacha en una calle concurrida en Queens el 23 de octubre de 2014. Zale no era conocido por las autoridades por ningún tema relacionado con el terrorismo, pero la investigación que tuvo lugar después del ataque reveló que, durante los meses previos, había consultado propaganda yihadista frecuentemente, y al mismo tiempo, era también conocido como un partidario del nacionalismo negro y había vociferado frecuentemente su odio hacia los blancos y hacia el gobierno.

En otros casos, la ideología yihadista parece haber estado acompañada por motivaciones personales. Un ejemplo notable de esta combinación es el ataque llevado por Yassin Salhi el 26 de Junio de 2015, en Saint - Quentin - Fallavier, en el departamento de Isère de Francia, donde Salhi, de 35 años, en la fábrica local donde trabajaba como un subcontratista, estranguló y decapitó a su jefe, Hervé Cornara. Envolvió la cabeza decapitada en dos banderas negras de "Sha - hada", lo colgó dentro de la fábrica y pasó a tomarse un selfie macabro. Posteriormente, Salhi conjudo su vehículo contra un almacén de bombonas, causando una explosión, y fue detenido finalmente por bomberos, mientras gritaba "Allahu Akbar" e intentaba abrir un contenedor de acetona, una sustancia muy inflamable.

Los motivos para el ataque parecen ser una mezcla de venganza y extremismo. Dos días antes del ataque, Salhi había tenido un altercado violento con su jefe, y además, era conocido por parte de los servicios de inteligencia francesa como un sujeto radicalizado.

En otras situaciones las cuestiones mentales parecen haber tenido un papel relevante en las acciones de los autores de los ataques. No hay duda de que la ideología yihadista era crucial para concebir la cosmovisión y las acciones de personas como Mohamed Lahouaiej Bouhlel, el tunecino que mató a una multitud de personas con un camion en la conmemoración del día de la Bastille en Niza el 14 de julio 2016; sin embargo, es digno de atención que este terrorista había sido tratado por trastornos psiquiátricos y que era mentalmente inestable.

³³ C. PAULUSSEN, J. NIJMAN, y K. LISMONT, "*Mental Health and the foreign fighter phenomenon*", ICCT Report, the international centre for counter-terrorism- The Hague, marzo 2017

<http://icct.nl/wp-content/uploads/2017/03/ICCT-Paulussen-Nijman-Lismont-Mental-Health-and-the-Foreign-Fighter-Phenomenon-March-2017.pdf>

Una aclaración se hace necesaria porque muchos ataques que pertenecen a esta categoría no fueron motivados por el estado islámico, sino por la ideología yihadista, ya que el movimiento yihadista global está actualmente muy fragmentado, con varios grupos.

En particular, la rivalidad entre el estado islámico y Al-Qaeda ha creado fisuras que a menudo han trascendido en la violencia entre grupos de yihadistas. Por lo tanto, la mayoría de los lobos solitarios quieren luchar por la yihad y no es sorprendente que muchos ataques fueran llevados a cabo por personas que declararon su dedicación a varios grupos yihadistas³⁴.

3.- EL FENOMENO DE RADICALIZACIÓN DE LOS COMBATIENTES DEL ISIS

3.1.- Las razones ideológicas

Como ya ha sido analizado, el terrorismo es seguramente una plaga de nuestra época, pero lo que sería interesante profundizar es por qué determinados seres humanos, solo por razones ideológicas, deciden matar a centenares de personas inocentes, y sobretodo, por qué los terroristas llegan a suicidarse.

El estado islámico ha impuesto a cada individuo la obligación sagrada de emigrar (hijra) para luchar contra enemigos a través de la yihad.

Ya Abu Musab Al- Suri, en el discurso sobre la resistencia islámica global³⁵ del 2004, estableció un plan de acción sobre el trabajo que debía hacerse en el campo político, educativo, militar, o financiero, a través la exaltación de los esfuerzos de los yihadistas³⁶, donde se hace una diferenciación entre dos grupos de musulmanes, los que luchan a través de la yihad y los que no son yihadistas.

Efectivamente, los países occidentales han sido afectados por múltiples atentados por parte de grupos o personas motivadas por la ideología yihadista³⁷.

Los ataques de 11 de septiembre de 2001 de Nueva York han representado un momento crucial, un desafío a la seguridad de la

³⁴ S. GILKES, "Not just the Caliphate: Non-Islamic State –Related Jihadist terrorism in America", program on Extremism, George Washington University, Washington D.C.

<http://abcnews.go.com/images/US/gwu-program-extremism-not-just-caliphate-20161206-pdf>

³⁵ M.W. ZACKIE MASOUD, "An Analysis of Abu Mus'ab al-Suri's", Call to global Islamic Resistance". University of Cambridge.

³⁶ Abu Mus'ab al – Suri es miembro de Al-Qaeda y unos de los teóricos y organizadores del 11/9, que fue arrestado en el 2005.

³⁷ L.VIDINO, F. Marone, E. Entenmann, "Fear thy neighbor: radicalization and jihadist attacks in the west", Report published by ISPI (istituto per gli studi di politica internazionale), ICCT, Program of Extremism(the George Washington University), Ledizioni, julio 2017.

mayoría de los países occidentales, ampliado por algunos ataques a gran escala (marzo 2004, en Madrid y julio 2005 en Londres) y otros más pequeños³⁸.

En el 2011, la amenaza yihadista sobre ambos lados del Atlántico parecía que se hubiera parado, aunque todavía existían los problemas de radicalización, pero la muerte de Osama bin Laden, y el entusiasmo generado en occidente por la primavera árabe hicieron creer que el yihadismo era un problema manejable.

Esta percepción quedó destrozada por los eventos que tuvieron lugar en Oriente Medio y, como consecuencia, en occidente, después de 2011. Los datos del informe anual del Europol (TE - SAT, la situación del Terrorismo y la tendencia³⁹) revelan una subida aplastante de los ataques terroristas y de los arrestos en toda Europa durante los últimos años. En 2011, 122 personas fueron arrestadas por todo el continente por delitos relacionados con el terrorismo de raíz yihadista, todos relacionados con los preparativos para un ataque terrorista, y estos números se incrementaron de manera exponencial en los años siguientes.

Tal aumento dramático ha estado influido supuestamente por dos fenómenos profundamente interconectados: 1) los éxitos militares conseguidos por el estado federal islámico y la declaración del Califato en Junio 2014; y 2) la enorme movilización de luchadores extranjeros occidentales en Siria e Iraq.

En el 2014 el ISIS parecía imparable y llegó a su pico más alto al final de junio, cuando declaró el restablecimiento del Califato histórico y mundial, instando a los musulmanes a que prometieran lealtad al nuevo estado y a su liderazgo.

Esta tipología de movilización no es nueva, y desde los años 80 del siglo pasado, en varias zonas alrededor del mundo (Bosnia Herzegovina, el Cáucaso norte, Yemen, Somalia, Pakistán, Afganistán, Irak y Malí, entre otros países), pueden encontrarse casos de milicianos occidentales que, motivados por la ideología yihadista, han participado en diferentes conflictos, pero es indiscutible que el número actual de luchadores de naciones occidentales en Siria e Iraq es significativamente más grande y sin precedentes.

Se calcula que a partir de diciembre 2015, un total de 30,000 luchadores extranjeros ha llegado a Siria y a Irak procedentes de más de 100 países, aproximadamente un quinto (6000) eran occidentales, principalmente de Europa, y este número es particularmente preocupante cuando se compara con otras partes del mundo^{40,41}.

³⁸ K. GILLES, *"L'autunno della guerra santa: viaggio nel mondo islamico dopo l'11 settembre 2001"*, Roma, Ed. Carocci, 2002.

³⁹ TE-SAT-2012, 2013, 2014, 2015, 2016

<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report>

⁴⁰ C. KROET, *"UN: 30.000 foreign fighters in Syria and Iraq"*, Politico, 15 de julio 2016.

Al comienzo del 2014, las autoridades europeas y estadounidenses, viendo como el estado islámico (entonces todavía ISIS) ampliaba y consolidaba su territorio y como crecía el número de milicianos occidentales que se unían a la organización, empezaron a expresar públicamente sus preocupaciones por este fenómeno⁴².

Estos miedos se concretaron en septiembre 2014, cuando el entonces presidente de los EE.UU., Barack Obama, anunció la formación de una coalición mundial contra el estado islámico, que llevó a una aceleración de la mirada del estado islámico hacia occidente.

Esta nueva postura se condensó en un discurso dado en septiembre 2014, una semana después de la declaración de la intervención de la coalición, y que luego circuló por los aparatos de propaganda, de Taha Sobhi Fahla, más conocido como Abu Mohammed al Adnani, el portavoz oficial del grupo del estado islámico; ese discurso, titulado "*en verdad tu Señor está siempre atento*"⁴³, sigue un enfoque basado en dos niveles, puesto que estaba dirigido a dos diferentes audiencias: occidentales y musulmanes. Adnani hizo públicas las amenazas directas a la seguridad, e incitó a los musulmanes, indicando varias tácticas para llevar a cabo atentados.

Los atentados han llegado y desde el 2014 al 2017 se ha asistido a un elevado número de ataques que han suscitado las preguntas sobre cómo se radicalizan lo terroristas.

3.2.- Las razones sociales

La radicalización ha determinado un esfuerzo de los académicos y de los profesionales de la lucha contra el terrorismo por comprender los factores que presionan a un número de musulmanes occidentales estadísticamente insignificante, pero preocupante, a aceptar la ideología yihadista y, en algunos casos, a matar y suicidarse por ella.

A pesar de la dificultad de obtener pruebas seguras, se han formulado muchas teorías; algunos se concentran en los factores estructurales como las tensiones políticas y las divisiones culturales, la discriminación, y la privación económica; otros enfatizan factores personales, como un evento traumático en la vida que pueda causar un cambio radical o la búsqueda de una identidad en las segundas generaciones.

En realidad, la mayoría de los expertos están de acuerdo en

⁴¹ B. STARR, "A few dozen Americans' in Isis Ranks" CNN, 15 de julio 2015

<http://www.cnn.com/2015/07/15/politics/isis-americans-recruits/index.html>;

⁴² R. FIFE, "Spy Agencies see sharp rise in number of Canadians involved in terrorism activities abroad" The Globe and Mail, 23 de febrero 2016.

⁴³ "Indeed your Lord is ever Watchful", Shaykh Abu Muhammad Al- Adnani Ash-shami, Al Hayat Media, 22 de septiembre 2014.

que la radicalización es un proceso muy complicado y individualizado, que a menudo puede dar forma a una interacción mal comprendida de los factores estructurales y personales. Cada factor es diferente, y no hay una única teoría que puede explicar todos los procesos.

El perfil heterogéneo de los yihadistas occidentales demuestra que no hay un único dato demográfico y socioeconómico, ni uno perfil psicológico que caracterice a las personas que se radicalizan⁴⁴.

Sin embargo, durante los últimos años los expertos han aceptado cada vez más que el enfoque para comprender ese fenómeno debe ser multidisciplinar. La sociología, la criminología, la psicología, la teología, las ciencias sociales, y la antropología son sólo algunas de las disciplinas consideradas por los expertos en la lucha contra el terrorismo.

Es habitual que muchas voces dentro de los medios de comunicación, la comunidad normativa y el público en general, se manifiesten sobre la causa de la radicalización, considerando un solo factor causal como la integración o la privación socioeconómica, o la falta de recursos que conduce a musulmanes jóvenes a rebelarse contra la sociedad en la que han nacido y a aceptar una ideología que les permita dar salida a su frustración y dar un nuevo significado a sus vidas.

Esta teoría aplica el axioma que extremismo y terrorismo son subproductos de la pobreza y de la exclusión.

El asunto ha sido debatido por décadas y muchos de los estudios que han analizado la dinámica de la radicalización en todo el mundo han indicado lo contrario, ya que un número elevado de personas con un alto grado de educación o éxito económico han acabado compartiendo la ideología yihadista⁴⁵.

Las pruebas son menos concluyentes respecto a los yihadistas europeos. Algunos estudios indican la falta de nexo entre pobreza y radicalización. Un estudio del 2015 sobre luchadores extranjeros - foreign fighters- holandeses dirigido por la universidad de Erasmus de Rotterdam, encontró una correlación directa entre los grados más altos de integración económica y radicalización; en el 2014⁴⁶, un estudio de la universidad Queen Mary encuestó a más de 600 hombres y mujeres musulmanos en Londres y Bradford, y llegó a la misma conclusión, encontrando más soporte para las ideas extremistas por parte de grupos con un nivel alto de educación⁴⁷.

Por otro lado, muchos estudios muestran que la mayoría de los

⁴⁴https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=0_0&facetNode_2=4_95&contentId=SPS1143166&previousPage=mg_1_12

⁴⁵ C. BERREBI, "Evidence about the Link between education, poverty and terrorism among Palestinians", *Peace Economics, peace science and public policy*, vol.13, n. 1, 2007, pp.1-36.

⁴⁶ M. SAGEMAN, "Understanding Terror Networks", University of Pennsylvania press, Philadelphia, 2004

⁴⁷ A.B. KRUEGER, "What Makes a Terrorism: Economics and roots of terrorism" Princeton University Press, Princeton NJ, 2008.

yihadistas se encuentran en condiciones socioeconómicas precarias.

La dinámica de la radicalización en toda Europa complica este cuadro. Mientras es prácticamente imposible determinar qué países sufren un número elevado de radicalizados, el número de luchadores extranjeros -foreign fighters- con destino Siria representa un dato relativamente confiable.

Los países que han experimentado algunos de los números más altos de luchadores extranjeros son aquellos de Europa central y del norte, países que durante las últimas décadas, respecto a los países europeos del sur, han invertido recursos para prolongar los beneficios a emigrantes y a refugiados.

A pesar de la disparidad, los países europeos del sur han padecido un nivel significativamente inferior de movilización de luchadores extranjeros comparado con sus homólogos del norte. España y Italia han contribuido con grupos de foreign fighters (208 y 122) menores que muchos países europeos del norte y centrales, no solo en términos totales, sino comparado con el tamaño de la población musulmana local⁴⁸.

Además, si es verdad que todos los países europeos experimentan problemas serios en la integración de secciones de sus poblaciones musulmanas, los mismos no existen en Canadá y los Estados Unidos, donde hay casos más positivos de integración, y en general la mayoría de los Musulmanes estadounidenses y canadienses disfrutan de logros económicos y educativos, aunque existen excepciones.

De acuerdo con un estudio del centro de investigación de Pew, la renta de una familia musulmana estadounidense corriente es igual, si no más alta, que la de una familia estadounidense no musulmana. A pesar de un nivel superior de integración, ni Canadá ni tampoco Estados Unidos han sido inmunes a la radicalización, teniendo números similares a países europeos⁴⁹.

Éstos son sólo algunos de los puntos que desmenten la teoría de la relación entre la falta de integración/marginalización socioeconómica y radicalización.⁵⁰

3.3.- Las razones histórico-políticas y psicológicas

⁴⁸ L. VIDINO, *"Il jihadismo autoctono in Italia;nascita,sviluppo e dinamiche di radicalizzazione"*, report published by ISPI (Istituto per gli studi di politica internazionale), European foundation for democracy, 2014.

⁴⁹ *"Muslim Americans: Middle Class and Mostly Mainstream"*, Pew Research Center, Washington, D.C., 2007, pp.24-25
<http://www.pewresearch.org/files/old-assets/pdf/muslim-americans.pdf>

⁵⁰ T. HEGGHAMER, *"Revisiting the poverty- terrorism link in European jihadism"*, lecture before society for terrorism research annual conference, Leiden, 8 de noviembre 2016.

Las causas del terrorismo deben ser consideradas en muchos aspectos, principalmente históricos-políticos, pero también psicológicos. Es precisamente éste un aspecto que sería importante examinar para tener un esquema bastante claro de la personalidad del terrorista y de las razones que lo dirigen a cumplir actos tan extremos.

A este respecto, se pueden considerar tres artículos, el primero escrito por un psicoanalista israelí H. Shmuel Ehrlich⁵¹, que examina las motivaciones indagando el aspecto psicológico y religioso; el segundo, por un psicoanalista palestino George A. Awad⁵², que profundiza en el aspecto histórico – social del mundo árabe; finalmente, un escrito del magistrado italiano Armando Spataro⁵³, que coordinaba el departamento de lucha contra el terrorismo de la fiscalía de Milán, en el que considera las declaraciones de los terroristas detenidos o que han comenzado a colaborar con la justicia.

H. Shmuel Ehrlich, en su escrito "La mente de un terroristas", afirma que se prefiere considerar al terrorista como un aberración social porque el análisis de su mente nos pone frente a dos cuestiones: la primera, listar los factores necesarios para explicar que una persona o un grupo tenga la capacidad cometer atentados como aquello el 11 de septiembre en Nueva York; la segunda, comprender si en alguna situación podríamos ser nosotros aquella persona llamada terrorista.

Para comprender la mente de esas personas hay que considerar múltiples factores porque la explicación del fenómeno no se puede reducir a la selección de una sola causa que explique el evento, es decir, que no se puede hablar de una común enfermedad, siendo erróneo considerarlos a todos como mentalmente inestables.

La mayoría de los terroristas son atacantes suicidas en una edad entre dieciocho y treinta años que quieren un objetivo en su existencia para lograr una condición idealizada, y esperan obtener esto a través la religión.

En una situación normal, cada persona auto-consciente decide, elige una ideología. En el caso de los terroristas es al revés, se escoge una ideología para comprender y realizar su personalidad y encontrarse a si mismos; de hecho, cuando esa identificación falla, se hará necesaria una compensación con el uso de drogas, suicidio u otras experiencias extremas.

La fuerza que dirige estos hechos es siempre la voluntad de cancelarse a sí mismos para reconquistarse en una nueva forma más grande y poderosa, y más allá de un plan individual, este ideal tiene

⁵¹ Psiconalista y profesor de psicanálisis en la Universidad de Jerusalem, catedra Sigmund Freud, <http://pluto.huji.ac.il/~mserlich/>

⁵² <http://www.psychiatry.utoronto.ca/people/dr-a-george-awad/> (Psicoanalista y profesor de psiquiatría en la Universidad de Toronto).

⁵³ https://it.wikipedia.org/wiki/Armando_Spataro

una dimensión colectiva y social, porque una ideología puede ser compartida con cualquiera formación social.

La religión islámica, que es la matriz del terrorismo, ofrece esta prospectiva de unión de reglas y principios, como la idea de la muerte, que se considera como el momento del paso a una situación de eterno placer donde setenta vírgenes atienden el "SHAHID", es decir el mártir, que se auto-sacrifica, de forma que los Kamikaze no son considerados como suicidas -que están prohibidos por la religión musulmana- sino como mártires.

Como afirma Osama Mazini, investigador en psicología en la Islamic University de Gaza, desde un punto psicológico hay que hacer una diferencia entre la gente que pone fin a su vida por un sufrimiento mental y un Shahid. Este último es una persona feliz, con una fuerza interior.

En conclusión, aquello que se encuentra en la mente de un terrorista, más allá del odio y de la rabia que lo pueden conducir a cometer actos atroces por razones históricas, es la necesidad de encontrarse a sí mismos a través una ideología.

En el segundo artículo⁵⁴, titulado " las motivaciones históricas, político-religiosas y psicológicas de los terroristas islámicos", el autor George A. Awad empieza su análisis haciendo una distinción entre tres grupos de islamitas: los modernos, que quieren un estado moderno donde la religión islámica debe ser compatible con el pensamiento moderno; los fundamentalistas, que miran a un estado fundado sobre la SHARIA, las leyes islámicas, mediante métodos pacifistas ; y por fin, los integristas islámicos que compartiendo la idea de la construcción de un estado islámico, apuntan a la creación de un Islam Revolucionario.

Los nacionalistas y los islamitas han tenido una relación antagonista, alguna vez violenta, como el caso de la persecución por parte de Nasser del grupo "Hermanos musulmanes", fundado por líderes fundamentalistas e integristas.

Sin embargo, el ala islamista está aumentando su poder y esto puede ser explicado considerando algunos hechos históricos peculiares: 1- la declaración de Balfour del 1917, que identificaba al Reino Unido como sujeto principal para lograr la creación de un Estado judío en Palestina a través la inmigración de judíos hacia un país que estaba habitado por una población arabe al 90%. 2- La presencia de bases militares estadounidenses en el Golfo Pérsico, que para muchos árabes ha sido considerada como una ocupación por parte de una fuerza que busca el control sobre el petróleo -para fortalecer las economías occidentales, dejando a las familias árabes - musulmanas en la pobreza- y que apoya el Estado judío de Israel.

⁵⁴ VARVIN E. VOLKAN, "Le menti e le percezioni degli altri", en: *Violenza o Dialogo? Insight psicoanalitico su terrore e terrorismo*, Borla , Roma 2006, pp. 152- 172.

En este contexto, ni los nacionalistas ni los islamitas han creído que Estados Unidos hubiera ocupado el territorio árabe para ayudar a los árabes y, en este sentido, los ataques del 11 de septiembre en Nueva York han sido considerados como una reacción contra la invasión de los cruzados cristianos.

¿A quien se preguntó después el 2001 por qué ellos nos odian tanto? Se debería contestar invitando a todos a poner atención a la brutal ocupación de Palestina y a la situación trágica que los palestinos están viviendo desde hace más de 50 años. Además, sería interesante recordar el medio millón de niños muertos, más que en Hiroshima, por el embargo de la ONU contra Iraq, que Madeleine Allbright, secretaria de estado de la administración Clinton, en una entrevista del 1996 afirmaba que se trató de una elección difícil, pero sobre la que merecía la pena pagar este precio.

Seguramente la fuente del odio no es la envidia, como han pensado algunos autores occidentales, sino una serie de componentes que se han intensificado a consecuencia de los hechos antes mencionados.

La falta de comprensión del sistema democrático, sumado al comportamiento brutal del enemigo, no ha permitido una solución pacifista al problema a través de un acuerdo, sino solo el uso de medios militares.

Los árabes perciben la guerra como la única posibilidad para defenderse contra la invasión del enemigo, que ya se le ha quitado gran parte de sus tierras, y tienen miedo de que otra opción determinase la pérdida definitiva de sus tierras y de su identidad. Por eso, hay una defensa y protección muy fuerte de sus ideales y emociones. Estas componentes subjetivas incluyen el sentimiento de vergüenza que anima a esta gente por lo que están viviendo y la esperanza que pueden encontrar en un rescate por parte del Islam, que da una gran importancia a los mártires, a los cuales tocan grandes honores en otra vida.

El autor termina el texto exhortando a los analistas a estudiar la historia, la religión y la sociedad árabe antes de intentar comprender la mente de un grupo de los cuales se conoce muy poco.

Finalmente, en el escrito⁵⁵ del magistrado italiano Armando Spataro, titulado "¿Que induce a muchas personas a unirse al terrorismo?", se intenta contestar a la pregunta a través su experiencia como Fiscal, analizando las declaraciones dadas por los terroristas durante los interrogatorios o en el curso de las investigaciones.

Se trata de un testimonio original que, en su calidad de coordinador del departamento de lucha contra el terrorismo del Tribunal de Milán, ha llevado a cabo muchísimas investigaciones

⁵⁵ "Journal of International Criminal Justice", 2008, pp.507-524.

desde los años de las brigadas rojas hasta al nuevo terrorismo internacional de origen yihadista.

En ese escrito, afirma que la mayoría de los terroristas colaboradores con la justicia, en las declaraciones que han prestado al Fiscal, han contado que su incorporación a grupos terroristas comenzó después de la migración a estados occidentales.

Este problema es bien explicado por el sociólogo Zygmunt Bauman, que ha destacado que inmigrantes que se mudan a países modernos e industrializados, viven una paradoja. Por un lado, si intentan acostumbrarse al estilo de vida occidental pueden ser acusados de pretender ventajas que los residentes han logrado después años de lucha; si, a revés, rechazan la cultura del mundo occidental, son considerados como una amenaza a la cultura occidental.

Efectivamente, los factores relevantes que esta gente ha subrayado son marginación, decepción y el intento de encontrar una comunidad a quien pertenecer. Desde este contacto, se empieza la progresiva radicalización en áreas privadas de algunas mezquitas, en casa, en centros de cultura, a través de imágenes de podrían suscitar rabia, como las de las prisiones de Guantanamo y Abu Ghraib.

Posteriormente, con la visión o la escucha de llamamientos a la hermandad entre musulmanes para luchar contra el enemigo invocando a la Yihad; cuando se acaba este camino, una persona piensa que los que les rodean dicen la verdad y que solo la guerra puede garantizar la victoria a la religión islámica.

Esto queda ilustrado por el caso de un colaborador de Jordania que había huido desde su país a causa de su homosexualidad, mudándose a Alemania donde pensaba vivir más libremente, y que finalmente encontró una realidad más dura y de marginación que lo llevó al adoctrinamiento y adiestramiento en Afganistán.

Es importante citar otra motivación del acto suicida del terrorista en el curso de la investigación de la fiscalía sobre casos relacionados con el crimen de financiación de asociaciones con fines terroristas. Se ha descubierto que el dinero recogido (ZAKAT) no tiene por finalidad financiar el acto terrorista en sí, sino ayudar a las familias de los mártires, y este factor muchas veces ha inducido a esas personas a sacrificarse para garantizar un subsidio económico a sus familias⁵⁶.

En general se puede afirmar que el hilo común de todas estas historias es una motivación ideológica fundada sobre una idea errada de los principios del Corán.

Es emblemático el caso del atentado de Madrid del 11 de marzo 2004, que fue reivindicado en nombre de la Yihad como la justa reacción para la secular opresión por parte de occidente, la expulsión de los musulmanes de España, la invasión de Afganistán, la guerra de

⁵⁶ Zakat: es el tercer pilar del Islam, saldar la deuda con Dios para purificarse.

Iraq y la ocupación de Palestina; es decir, la yihad representa la unidad de las poblaciones islámicas⁵⁷.

El magistrado concluye su escrito considerando que en muchísimos casos los terroristas que han elegido colaborar con la justicia todavía no habían cometido crímenes particularmente graves como atentados o homicidios, y estaban en prisión cumpliendo una pena inferior a 10 años. Por tanto, la elección de colaborar no era solo consecuencia de un descuento de pena; se ha notado como el alejamiento del entorno de adoctrinamiento ha ayudado a estas personas a recapacitar, comprendiendo la incompatibilidad de la estrategia terrorista con la religión islámica. Es decir, el interlocutor institucional, como el fiscal, es un puente entre la vieja pertenencia al grupo terrorista y la nueva vida de contacto con las instituciones.

⁵⁷A. CASSESE, "*Voci contro le barbarie*", Feltrinelli 2008.

DISORDINE INTERNAZIONALE E IDENTITÀ NAZIONALE. STORIA E FAVOLA

INTERNATIONAL DISORDER AND NATIONAL IDENTITY. HISTORY AND FABLE

Massimo La Torre*

ABSTRACT: *After World War Two a gigantic effort was made in order to build a viable and stable international order, beginning with the Bretton Woods agreement that was aimed to stabilize the international monetary system, and with the United Nations, that were intended to restore legality in interstate affairs and somehow initiate a cosmopolitan conversation among Nation States. This order is now slowly crumbling down, paradoxically through globalization, and a triumphant neoliberalism. A new, but indeed quite old narrative, rather a myth, of what a national identity means is again getting the upper hand.*

KEYWORDS: *international relations, international law, European Union, globalization, national identity*

Fecha de recepción: 31/01/2019

Fecha de aceptación: 11/02/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4838>

* Professor at the Department of Law of the Università di Catanzaro (Italy).

I.-

Osservando la politica europea sia degli Stati nazionali sia dell'Unione Europea nel suo complesso l'impressione è che qualcosa si sia rotto o si stia rompendo. La stessa sensazione si ottiene se lo sguardo si allarga e si fissa il panorama delle relazioni internazionali nel loro complesso. Tensioni si avvertono dappertutto, conflitti più o meno dichiarati. La Russia e l'Ucraina sono sull'orlo della guerra, Cina e Stati Uniti si guardano in cagnesco e irrigidiscono le rispettive regolamentazioni sul commercio estero. La saga del *Brexit* nel Regno Unito sembra non essere ancora giunta ad una sua puntata conclusiva. In medio Oriente il disordine provocato dalle successive ingerenze statunitensi non si assesta, ed ora l'Arabia Saudita si profila come un attore esplicito di interventi militari.

In Africa il settentrione del grande continente è in preda ad una febbre dovuta alle mancate riforme che rimane costante, e rischia di trasformarsi in malattia mortale. L'America Latina si affida a governi neoliberali che, promettendo aumento della ricchezza però, almeno nel caso dell'Argentina, portano il paese sull'orlo della bancarotta e devono nuovamente appoggiarsi al credito del Fondo Monetario Internazionale ed alla sua occhiuta supervisione. D'altra parte sembra che l'economia internazionale, quella finanziaria, nuovamente goda di successi insperati. A Wall Street la nuova amministrazione americana inietta una buona dose d'entusiasmo ed addirittura di frenetica autoaffermazione, che però fa temere e dire che potremmo trovarci alla vigilia di una nuova bolla e di un'emergente ripetuta crisi finanziaria.

Vari trattati internazionali, tra cui quello di Parigi sulla protezione dell'ambiente, vengono denunciati come non più vincolanti dall'amministrazione statunitense. Del pari si fa saltare l'accordo sull'uso dell'energia nucleare concluso dal Presidente Obama con l'Iran. Lo stesso si vuol fare anche con trattati di non proliferazione nucleare firmati con l'Unione Sovietica, ed ancora applicabili con la Federazione Russa. L'Euro è evidentemente difettoso, mancandogli un sistema di solidarietà fiscale¹, ma l'Eurogruppo non riesce a procedere sulla strada di una risistemazione della struttura della moneta unica. Il disordine dunque sembra affermarsi come la nuova cifra delle relazioni internazionali.

In realtà ciò che sta accadendo, o forse ancora meglio ciò che è accaduto, è lo smantellamento dell'ordine internazionale che venne costruito all'indomani della seconda guerra mondiale. Ovviamente quell'ordine subì *di fatto* un primo crollo importante con la caduta del muro di Berlino nel 1989 e l'autodissoluzione, o l'estinzione, "withering away" – si direbbe in gergo marxista –, dell'Unione Sovietica nel 1991. La fine della divisione in due blocchi dava luogo

¹ Cfr. J. Stiglitz, *The Euro: And Its Treat for the Future of Europe*, Penguin, London 2017.

ad un polo egemone, quello statunitense, con al suo fianco potenze di secondo livello, ed una periferia tumultuosa che si credeva poter governare nondimeno facilmente. Si ricordi la prima guerra del golfo del 1990, con cui gli Stati Uniti inauguravano la nuova epoca unipolare, affermando il loro diritto d'intervento in Medio Oriente. Si ricordi ancora la dissoluzione sanguinosa della Jugoslavia, il suo frantumarsi in una "macedonia" di staterelli, ciascuno tutelato o "adottato" da una qualche potenza europea, e poi la dissoluzione della Cecoslovacchia, il sorgere di nuovi Stati che erano prima parte dell'Unione Sovietica all'Oriente dell'Europa. Fu tutto un processo di frammentazione che si tentò in parte di controllare con l'ampliamento dell'Unione Europea che nel 2004 di colpo accoglieva nel suo seno dieci nuovi Stati membri. Si modificavano però così, in maniera che potrebbe anche definirsi "drammatica", le sue frontiere, la sua cultura, e la sua stessa ragion d'essere, finendo anche per sconvolgere la sua "finalité", divenuta così quasi transcontinentale, e annacquandone necessariamente il profilo sociale, mentre se accentuava allo stesso tempo la vocazione neoliberista. Nonostante tutto, almeno fino alla bancarotta di Lehman Brothers nel settembre del 2008, lo "spirito del tempo" rimaneva sostanzialmente ottimista. La "rivoluzione liberale" inaugurata dall'evidente fallimento del "socialismo reale", se non credeva più in se stessa come "fine della storia", si inorgoglia comunque del boom trionfale del capitale finanziario e della dissoluzione del diritto del lavoro (certificato tra l'altro nelle sentenze Laval, C-341/05, e Viking, C-438/05, della Corte Europea di Giustizia)².

II.-

Ora la revoca della struttura delle relazioni internazionali stabilita nel 1945 pare ben più radicale. Invero il cambiamento era iniziato ben prima del 1989. Una data fondamentale in questa traiettoria è la fine degli accordi di Bretton Woods decretata da Richard Nixon nell'agosto del 1971. Come si ricorderà, quella di Bretton Woods è la prima delle iniziative di riordine delle relazioni internazionali messe in atto dal governo statunitense nella prospettiva della imminente vittoria alleata sulle potenze dell'Asse. La conferenza di Bretton Woods, una cittadina vicino Boston, viene convocata per l'estate del 1944, mentre gli Alleati non sono ancora arrivati a Parigi ed a Berlino viene soffocata nel sangue la congiura contro Hitler. Ma a Bretton Woods si parla già del dopoguerra, e si pianifica la struttura delle relazioni monetarie e commerciali tra gli Stati. Il progetto è assai ambizioso.

² Cfr. Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

Si tratta in certa misura di una proiezione internazionale del *New Deal*. Così come con questo si era messo ordine nel mercato sregolato e ferocemente concorrenziale e senza vincoli, in particolare quello finanziario, che aveva condotto alla crisi del 1929, così si ritiene che bisogna regolare anche le fluttuazioni dei cambi delle monete e le disparità delle bilance dei pagamenti tra gli Stati, anche queste cause concorrenti del disastro economico e della miseria degli ultimi anni Venti. Si tratta di dare un nuovo assetto al gioco dei mercati e dei capitali governando innanzitutto i cambi. È questa un'idea di Keynes, rappresentante britannico alla conferenza di Bretton Woods, idea sì accolta dagli Americani, ma reinterpretata in senso egemonico o imperiale. Mentre Keynes vuole agganciare l'accordo ad una moneta internazionale "neutra" come riferimento standard per le monete nazionali, la proposta americana è quella di fare del dollaro la moneta standard, dandogli una copertura con una certa quantità d'oro, e accompagnando tale sistema con una struttura di compensazione degli inevitabili squilibri nella bilancia dei pagamenti tra Stati mediante l'istituzione del Fondo Monetario Internazionale e della Banca Mondiale.

All'indomani della prima guerra mondiale vi fu un primo tentativo di sistemazione regolata delle relazioni internazionali, non più solo affidata alle virtù della diplomazia delle "nazioni civili", secondo il modello post-napoleonico del Congresso di Vienna³. Venne fondata la Società delle Nazioni, e si propose di agganciare i cambi delle monete al valore dell'oro, proposta accolta con entusiasmo dalle maggiori potenze, dunque applicata al dollaro come allo yen. Ma questa proposta di regolazione non venne accompagnata da nessun meccanismo istituzionale sovranazionale, né tantomeno fu siglata da un trattato. E soprattutto essa si appoggiava ad una politica economica di austerità, di contenimento radicale della spesa pubblica, dagli effetti radicalmente deflazionistici. Invero è l'austerità la prima risposta degli Stati liberali alla crisi del Ventinove secondo il paradigma adottato da Herbert Hoover, presidente americano per il quadriennio che va dal 1929 al 1933. I *New Dealers*, che negli anni Quaranta, dettano la politica economica degli Stati Uniti, capovolgono questo schema. Ci vuole una regolamentazione ordinata e istituzionalizzata a livello internazionale, ed all'oro si sostituisce il dollaro come standard per i cambi, ma soprattutto si lega questa riforma della finanza internazionale ad una politica economica espansiva. Lo Stato sociale viene così ancorato ad un abbastanza ben definito ordine monetario internazionale, ed agli organismi internazionali che lo sostengono⁴. Si manifesta dunque così un

³ In merito si veda il bel libro di Adam Tooze, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order 1916-1931*, Penguin, London 2014.

⁴ Su questa vicenda, sempre attuale rimane il libro di Marcello De Cecco, *Saggi di politica monetaria*, Giuffrè, Milano 1968, in particolare capitolo primo.

progetto ambizioso e potente di regolazione complessiva dell'ordine mondiale delle relazioni internazionali⁵.

Prima ancora di pensare alle Nazioni Unite dunque, come organizzazione internazionale che rimedi alle debolezze della fallimentare Società delle Nazioni, incapace di garantire la pace, si ritiene necessario puntare alla riorganizzazione dell'ordine delle monete e dei mercati. Al fine di eliminare il disordine delle relazioni internazionali, che si riteneva fosse stato uno dei fattori di scatenamento del secondo conflitto mondiale, gli altri tre grandi movimenti in questo grandioso progetto di riorganizzazione dell'ordine mondiale, saranno il GATT, un'organizzazione internazionale del commercio, la NATO, un'alleanza militare, e poi, e significativamente, Il Mercato comune europeo, la CEE, una unione doganale di Stati centrata su un certo regime economico di mercato.

Ora, il primo pezzo a essere dismesso, di questa architettura, sarà la regolazione dei cambi fissata negli accordi di Bretton Woods, al fine di consentire libertà di manovra alla politica monetaria degli Stati Uniti. Si noti che la denuncia degli accordi di Bretton Woods precede la crisi petrolifera del 1973, e inaugura un'era di grandi e disordinate fluttuazioni tra le monete che provoca inflazione e recessione in vari parti del mondo. Per ciò che concerne l'Europa essa spinge verso l'egemonia del marco tedesco che risulterà già evidente alla fine degli anni Settanta, un'egemonia questa che mette costantemente a rischio l'accordo franco-tedesco che è il nocciolo duro del progetto di integrazione europea. L'idea della moneta unica europea sembra a molti la soluzione alla fine del sistema di Bretton Woods, almeno entro i confini del vecchio continente, e il meccanismo capace di ricomporre il rapporto, divenuto asimmetrico, tra le economie, e la sovranità, di Francia e Germania.

III.-

Sappiamo che la fine di Bretton Woods spinge anche verso una ridefinizione neoliberale della struttura di mercato. Moneta e capitale finanziario vengono svincolati da un progetto complessivo di società sia nazionale che internazionale. Se ne fa delle variabili indipendenti della politica economica. E nel giro di trent'anni il panorama è quello di una quasi assoluta liberalizzazione di capitali (assai significativamente il Trattato di Maastricht inserisce tra le libertà economiche quella dei capitali, estendendola anche oltre i confini dell'Unione, vale a dire facendo di tale libertà un *unicum*, privilegio assoluto, giacché essa vale non solo più entro i confini dell'Unione ma anche al di là di questi).

Ora, sembra essere arrivati alla destinazione finale di questo processo di smantellamento dei pilastri dell'ordine internazionale. Da

⁵ Cfr. M. Mazower, *Governing the World, The History of an Idea*, Penguin, London 2013.

parte neoconservatrice americana anche le Nazioni Unite sono costantemente criticate e messe sotto attacco. John Bolton, attuale consigliere per la sicurezza nazionale dell'amministrazione americana, è noto per le sue posizioni scettiche sulla stessa esistenza di un diritto internazionale come tale, come ordine giuridico vincolante o parzialmente vincolante⁶. Si ricorderà Bush figlio aveva dichiarato la Convenzione di Vienna sul diritto umanitario non applicabile ai cosiddetti "Illegal enemy combatants", i quali dunque potranno anche essere sottoposti a torture e trattamenti crudeli, disumani e degradanti, e detenuti indefinitamente senza alcuna garanzia di *habeas corpus*. L'idea che la guerra sia lecita solo se difensiva è messa più volte in forse, argomentando anche mediante un uso strumentale della nozione di diritti umani⁷.

La normatività internazionale è resa sempre più fluida, sempre più flessibile. Lo si teorizza anche giuridicamente, come fa senza troppi complessi Eric Posner, un professore di Chicago⁸. Ciò si accompagna ad un risorgere di ideologie o sfacciatamente imperialiste o angustamente nazionaliste, "sovraniste" – come s'usa dire oggi⁹. In Spagna *bestseller* è un libro dal titolo suggestivo di *Imperiofobia*, dove si tessono le lodi dell'Impero statunitense e di quello spagnolo, passato alla storia ma che si vorrebbe utopicamente, e per certi versi paranoicamente, far rivivere¹⁰. Ovviamente imperialismo e nazionalismo o "sovranismismo" fanno a pugni tra loro, e non si capisce bene chi sia cosa. L'uno, la celebrazione dell'Impero, si rovescia subitaneamente e sorprendentemente nell'altro, nella affermazione della nazione omogenea e "über alles". Vi è però comune un motivo tra questi due atteggiamenti, ed è quello di un'ostilità crescente per le forme ordinate, normative, di regolazione delle relazioni internazionali. Ci s'immagina nuovamente un mondo di potenze in concorrenza tra loro per il predominio e l'egemonia mondiale, oppure, là dove si tratti di Stati e staterelli di modeste dimensioni, in difesa di una tutta immaginata e fantasticata compatta identità nazionale. Un argomento a supporto di questo moto "sovranista" è che si vuole porre rimedio ai guasti della globalizzazione, la quale ha reso gli Stati e le culture prede di poteri mobilissimi che li sovrastano e li fagocitano.

⁶ Vedi esemplarmente J. Bolton, *Is There Really "Law" in Internal Affairs?*, in "Transnational Law and Contemporary problems", Vol. 10, 2000, pp. 1 ss.

⁷ Cfr. Ph. Sands, *Lawless World: The Whistle-Blowing Account of How Bush and Blair are Taking the Law in Their Own Hands*, Penguin, London 2006.

⁸ Si veda per esempo E. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, New York 2014.

⁹ Un condensato radicale di questa nuova tendenza è offerto dal libro di John Yoo, *Striking Power: How Cyber, Robots, and Space Weapons Change the Rules for War*, Encounter Books, New York 2017.

¹⁰ Vedi Maria Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra*, nuova ed., La oficina, Madrid 2019, curiosamente entusiasticamente recensito da Mario Vargas Llosa, *Historia y ficción*, in "El País", 16 settembre 2018.

Non v'è dubbio, è certo, che ci si trovi dinanzi oggi ad un mondo "globalizzato", in cui i movimenti di beni, informazioni, capitali, e persone siano di un'estensione e di una rapidità mai prima raggiunta nelle relazioni sociali. Ciò è dovuto in parte ai progressi delle tecnologie dell'informazione, che rendono il mondo una sorta di paradigma teatrale aristotelico: vi è tendenziale unità di tempo e di spazio negli affari dell'intero genere umano. Spazio e tempo si contraggono e si fissano in un punto che risulta universalmente vigente. Distanze e tempi si annullano. Tutti siamo dappertutto e sempre insieme. Il risultato è la perdita di orientamento temporale e spaziale, ed una certa fungibilità delle diverse esperienze di vita e di rapporto. L'identità soggettiva si rende così "liquida", come "liquida" diviene la comunità. Gli aeroporti sono dovunque uguali, lo stesso potrebbe dirsi delle periferie dei grandi centri urbani. Si assomigliano tutti. I prodotti in un supermercato sono dovunque grosso modo gli stessi. Così si è "spaesati"; invece di sentirsi a casa dappertutto, è come se fosse la "casa" a mancarci. Ed allora la soluzione sembra essere quella di un riposizionamento "paesano", "nazionale", fortemente identitario, là dove però il paese, la nazione, l'identità devono essere ripresentati come oggetti facili da fruire, prodotti d'immediato consumo. Vanno dunque resi disambigui, senza troppe istruzioni d'uso. Ma così facendo se ne riscrive la natura, la storia, che in origine invece è plurale, complessa, sì purtroppo per certi versi ambigua, leggibile da diverse e contrastanti prospettive. La storia, la tradizione, l'identità, la nazione la si appiattisce per servirla pronta da digerire. Ed a tal fine uno stratagemma sempre efficace è quello di trovare un "altro", un "diverso", uno "straniero", e servirlo come "pericolo", al quale sia semplice contrapporsi e compararsi, contro il quale non sia complicato riaffermarsi ed autocelebrarsi. Si deve narrare una "favola", e questa sostituire alla storia¹¹.

IV.-

La globalizzazione però è stata anche il frutto dello smantellamento di quell'ordine rooseveltiano di relazioni internazionali pensato negli anni Quaranta per civilizzare, per rendere più miti e meno aggressive le relazioni tra Stati. Certo, fu anche il progetto del "Grande Minotauro", la proiezione mondiale di un Impero americano¹². Ma accanto a questo vi era un'idea potente di cosmopolitismo politico e giuridico all'interno del quale lo Stato nazionale poteva ricostituirsi come Stato sociale.

Allo stesso modo della Comunità Europea che servì alla ricostruzione degli Stati nazionali europei letteralmente sbriciolati in

¹¹ Cfr., per il caso di francese, Marcel Detienne, *L'identité nationale, une énigme*, Galimard, Paris 2010.

¹² Cfr. I Varoufakis, *The Global Minotaur: America, Europe, and the Future of Global Economy*, Zed Books, London 2015.

legittimità e capacità operativa dalla seconda guerra mondiale. Lo Stato nazionale si è ricostituito come progetto allo stesso tempo di integrazione sociale e di riconciliazione sovranazionale¹³. Le costituzioni di vari Stati europei (quella italiana paradigmaticamente) con la loro generosa apertura tanto ai diritti sociali ed alla equa redistribuzione della ricchezza quanto al temperamento della sovranità mediante il diritto internazionale sono lì a testimoniare autorevolmente¹⁴.

In Africa il settentrione del grande continente è in preda ad una febbre dovuta alle mancate riforme che rimane costante, e rischia di trasformarsi in malattia mortale. L'America Latina si affida a governi neoliberali che, promettendo aumento della ricchezza però, almeno nel caso dell'Argentina, portano il paese sull'orlo della bancarotta e devono nuovamente appoggiarsi al credito del Fondo Monetario Internazionale ed alla sua occhiuta supervisione. D'altra parte sembra che l'economia internazionale, quella finanziaria, nuovamente goda di successi insperati. A Wall Street la nuova amministrazione americana inietta una buona dose d'entusiasmo ed addirittura di frenetica autoaffermazione, che però fa temere e dire che potremmo trovarci alla vigilia di una nuova bolla e di un'emergente ripetuta crisi finanziaria.

Vari trattati internazionali, tra cui quello di Parigi sulla protezione dell'ambiente, vengono denunciati come non più vincolanti dall'amministrazione statunitense. Del pari si fa saltare l'accordo sull'uso dell'energia nucleare concluso dal Presidente Obama con l'Iran. Lo stesso si vuol fare anche con trattati di non proliferazione nucleare firmati con l'Unione Sovietica, ed ancora applicabili con la Federazione Russa. L'Euro è evidentemente difettoso, mancandogli un sistema di solidarietà fiscale¹⁵, ma l'Eurogruppo non riesce a procedere sulla strada di una risistemazione della struttura della moneta unica. Il disordine dunque sembra affermarsi come la nuova cifra delle relazioni internazionali.

In realtà ciò che sta accadendo, o forse ancora meglio ciò che è accaduto, è lo smantellamento dell'ordine internazionale che venne costruito all'indomani della seconda guerra mondiale. Ovviamente quell'ordine subì *di fatto* un primo crollo importante con la caduta del muro di Berlino nel 1989 e l'autodissoluzione, o l'estinzione, "withering away" – si direbbe in gergo marxista –, dell'Unione Sovietica nel 1991. La fine della divisione in due blocchi dava luogo

¹³ In merito cfr. il testo ormai classico di Alan Milward, *The European Rescue of Nation State*, Routledge, London 1994, su cui è utile anche consultare la recensione di P. Anderson, *Under the Sign of Interim*, in "London Review of Books", Vol. 18, 4 January 1996.

¹⁴ Cfr. John Erik Fossum and Agustin Menendez, *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rown & Littlefield, London 2011.

¹⁵ Cfr. J. Stiglitz, *The Euro: And Its Treat for the Future of Europe*, Penguin, London 2017.

ad un polo egemone, quello statunitense, con al suo fianco potenze di secondo livello, ed una periferia tumultuosa che si credeva poter governare nondimeno facilmente. Si ricordi la prima guerra del golfo del 1990, con cui gli Stati Uniti inauguravano la nuova epoca unipolare, affermando il loro diritto d'intervento in Medioriente. Si ricordi ancora la dissoluzione sanguinosa della Jugoslavia, il suo frantumarsi in una "macedonia" di staterelli, ciascuno tutelato o "adottato" da una qualche potenza europea, e poi la dissoluzione della Cecoslovacchia, il sorgere di nuovi Stati che erano prima parte dell'Unione Sovietica all'Oriente dell'Europa. Fu tutto un processo di frammentazione che si tentò in parte di controllare con l'ampliamento dell'Unione Europea che nel 2004 di colpo accoglieva nel suo senso dieci nuovi Stati membri. Si modificavano però così, in maniera che potrebbe anche definirsi "drammatica", le sue frontiere, la sua cultura, e la sua stessa ragion d'essere, finendo anche per sconvolgere la sua "finalité", divenuta così quasi transcontinentale, e annacquandone necessariamente il profilo sociale, mentre se accentuava allo stesso tempo la vocazione neoliberista. Nonostante tutto, almeno fino alla bancarotta di Lehman Brothers nel settembre del 2008, lo "spirito del tempo" rimaneva sostanzialmente ottimista. La "rivoluzione liberale" inaugurata dall'evidente fallimento del "socialismo reale", se non credeva più in se stessa come "fine della storia", si inorgoglia comunque del boom trionfale del capitale finanziario e della dissoluzione del diritto del lavoro (certificato tra l'altro nelle sentenze Laval, C-341/05, e Viking, C-438/05, della Corte Europea di Giustizia)¹⁶.

¹⁶ Cfr. Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.