

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA N° 2

ABRIL 2018

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

Entre la autonomía y el bien humano de la vida
¿Existe un derecho al aborto?

*Between Autonomy and Human Good of Life
Is there a right of abortion?*

Carlos I. Massini-Correas

Excepción a la edad mínima para trabajar en Bolivia
y el principio del interés superior del niño

*The Exception to the Minimum Age to Work in Bolivia and the
Principle of the Best Interests of the Child*

Adriana E. Fernández Pereyra

Fundamentos prepolíticos del Estado
Su importancia en las sociedades contemporáneas

*Prepolitical Foundations of the State
Their Importance in Contemporary Societies*

Raúl Tomás Peñaloza Palacios

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. L A W R E V I E W



UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA "SAN PABLO"
Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

Revista N° 2, abril de 2018, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Jorge Herbas Balderrama O.F.M.
Gran Canciller

Marco Antonio Fernández Calderón
Rector Nacional

Alejandro F. Mercado Salazar
Vicerrector Académico Nacional

Marcela Nogales Garrón
Vicerrectora Administrativa Financiera Nacional

Flavio Escóbar Llanos
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

Javier Murillo de la Rocha
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Emilio Barea Medrano
Director de la Carrera de Derecho – La Paz

Editor responsable

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn
Docente tiempo completo
Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
Ld.villafuerte@acad.ucb.edu.bo

Consejo editorial externo



Academia Nacional de
Ciencias Jurídicas de Bolivia
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Consejo editorial interno

Javier Murillo de la Rocha
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
jmurillod@ucb.edu.bo

Emilio Barea Medrano
Director de la Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
ebarea@ucb.edu.bo

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista N° 2

Impresión: Imprenta Digital de la UCB
Diseño de tapa: Arq. Adriana Jiménez Olmos

Depósito legal 4-3-80-17
ISSN 2523-1510 (en línea)
ISSN 2521-8808 (impresa)



La Paz – Bolivia
Abril de 2018

Lectores académicos nacionales

Pablo Bernardo Miller Pazos
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz

Ciro Añez Niñez
Universidad Autónoma
Gabriel René Moreno - Santa Cruz

Mónica Gabriela Sauma Zankys
Universidad Mayor, Real y Pontificia de San
Francisco Xavier de Chuquisaca

Fernando Zambrana Sea
Defensoría del Pueblo
Estado Plurinacional de Bolivia

Lectores académicos internacionales

José Gabriel Barragán García
Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

Nathalia Bautista Pizarro
Universidad Externado de Colombia
Colombia

Manuel Bermúdez Tapia
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

Juan Cianciardo
Universidad de Navarra
España

Georgina Alejandra Guardatti
Universidad de Mendoza
Centro Latinoamericano Derechos Humanos
Argentina

Yudith López Soria
Universidad Laica Vicente Rocafuerte de
Guayaquil
Ecuador

Débora Ramieri de Cechini
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

Alfonso Santiago
Universidad Austral
Argentina

Guillermo Pedro Bernardo Tinti
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

Contenido

Presentación

Páginas 5-6

Artículos académicos

Carlos I. Massini-Correas

Entre la autonomía y el bien humano de la vida

¿Existe un derecho al aborto?

Between Autonomy and Human Good of Life.

Is there a right of abortion?

Páginas 9-38

Adriana E. Fernández Pereyra

Excepción a la edad mínima para trabajar en Bolivia

y el principio del interés superior del niño

The Exception to the Minimum Age to Work in Bolivia and the

Principle of the Best Interests of the Child

Páginas 39-120

Raúl Tomás Peñaloza Palacios

Fundamentos prepolíticos del Estado

Su importancia en las sociedades contemporáneas.

Prepolitical Foundations of the State.

Their Importance in Contemporary Societies

Páginas 121-156

La revista y sus normas de publicación

Páginas 159-170

Presentación

En alguna ocasión seguramente nos ha ocurrido a todos contemplar cómo aparece y luego se desvanece en el tiempo una valiosa oportunidad que no tuvimos la ventura de aprovechar. Entre angustia e indiferencia, a veces sin saberlo, aguardamos por la chance de la siguiente.

La Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia ha obsequiado, con desprendimiento y extrema gentileza, su colaboración académica a esta revista al haber aceptado conformar su Consejo Editorial externo. Les ofrecemos, a cambio, nuestra gratitud, decencia y honestidad intelectual. Creemos con firmeza que la sinergia que empieza a ocurrir nos fortalecerá y nos hará mejores.

En este número la revista tiene el sano orgullo de publicar tres investigaciones que pasaron por un riguroso dictamen de pares académicos especialistas. Estas tres investigaciones tienen la virtud de recordarnos las razones que nos hacen humanas y humanos.

La primera, en el orden que se presentan en la revista, abarca, con el agudo sentido crítico y la excelencia que caracterizan a su autor, las reales y profundas diferencias que existen entre la autodeterminación y la vida que le pertenece a otra persona. El autor, de esta manera, otorga voz a quienes todavía no la tienen, en defensa de la dignidad de la vida humana y descubriendo a aquellas personas que pretenden justificarse a través de su sola voluntad.

El segundo y el tercer artículo corresponden a extractos de las investigaciones que realizaron sus autores para obtener su licenciatura de Derecho en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. La autora del segundo artículo que se publica toca la sempiterna discusión

que se plantea entre la necesidad y la ética de lo que debería ser, es decir en este caso, en la edad mínima que un Estado debería tolerar para que la niñez y adolescencia puedan desempeñar actividades laborales para su sustento y el de su familia. Bolivia cedió ante el clamor de los menores trabajadores y por medio de una ley disminuyó la edad mínima a niveles prohibidos por el bloque de constitucionalidad. Aunque durante la fase de aprobación de este artículo se conoció que tal ley había sido declarada inconstitucional, se consideró conveniente mantener su publicación, pues tal declaración, lejos de restarle méritos, incrementó el sustento de los hallazgos logrados por su autora.

El autor del tercer artículo presenta, con profundo espíritu filosófico y jurídico, la valiosa discusión que sostuvieron Habermas y Ratzinger a inicios de este siglo. El autor demuestra analíticamente que ambos pensamientos, nutridos por tan diversas corrientes, acuerdan la necesidad de la existencia de fundamentos prepolíticos para que exista la posibilidad de un Estado de Derecho. El autor también revisa la indirecta discusión que Ratzinger sostuvo con Rorty en relación al relativismo de las sociedades contemporáneas. La síntesis que propone el autor subraya la actualidad e inmanencia de la inmutabilidad de los valores y del Estado de Derecho.

Finalmente, pero no menos importante, este número de la revista es dedicado con aprecio a sus lectoras y lectores académicos, sin cuya ayuda, diligencia y sapiencia esta revista carecería de espíritu y esencia. Gracias.

Editor responsable

Artículos académicos

Revisados y aprobados por pares académicos

Entre la autonomía y el bien humano de la vida
¿Existe un derecho al aborto?
Between Autonomy and Human Good of Life.
*Is there a right of abortion?*¹

Carlos I. Massini-Correas*

Recibido: 07.11.2017

Aceptado: 05.02.2018

Resumen

En los debates contemporáneos acerca de la legitimidad moral del aborto provocado, uno de los argumentos más corrientes es el que se centra en un presunto conflicto de derechos morales entre un derecho de autonomía de la madre gestante y un derecho a la vida del feto. El documento analizó los términos centrales de esta argumentación, aunque estudiando solamente el núcleo del planteo. Entre las principales conclusiones a las que arriba el autor están

¹ Nota del editor: el artículo ha sido modificado al estilo APA para cumplir con las políticas de publicación de la revista sin alterar su contenido. Con este mismo objetivo se incorporaron la versión en inglés del título, el resumen, el *abstract*, las palabras clave, *keywords* y las referencias. Estas modificaciones y adiciones son de estricta responsabilidad del editor. La bibliografía expresada por el autor (o material al que el lector puede acudir para ampliar información) ha sido dejada en pies de página, tal como el autor la estableció.

* Doctor en Derecho y en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica y de Bioética en la Universidad de Mendoza-Argentina.

Contacto: carlos.massini@um.edu.ar

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Revista 2, abril, 2018, pp. 9-38 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

que la mera capacidad de optar por diferentes vías de acción - la denominada *autonomía* - no puede justificar por sí sola una acción deliberada - el aborto - dirigida intencionalmente a dar muerte a un feto humano, ya que esa muerte - que es objeto del acto - no puede ser justificadamente una razón moral para la acción; y que, una opinión contraria significa la ruina de la ética como actividad racional y el olvido del principio basilar sobre el que se levantan todas las comunidades humanas: el de que no se debe matar *nunca* deliberada y directamente a los demás seres humanos.

Palabras clave: Derecho al aborto / autonomía humana / derecho a la vida.

Abstract

In contemporary debates about the moral legitimacy of induced abortion, one of the most common arguments focuses on an alleged conflict of moral rights between the right of autonomy of the pregnant mother and a right to life of the fetus. The document analyzed the central terms of this argument, although studying only the core of the proposal. Among the main conclusions reached by the author are that the mere ability to choose different ways of action - the so-called autonomy - cannot by itself justify a deliberate action - abortion - intentionally directed to kill a human fetus, since that death - which is the object of the act - cannot be justifiably a moral reason for the action. A contrary opinion means the ruin of ethics as a rational activity and the forgetting of the basilar principle on which all human communities arise: that human beings should not be deliberately and directly killed.

Keywords: right of abortion / human Autonomy / right to life.

1. La cuestión del aborto, algunos planteos recientes y tres tesis

En los debates contemporáneos acerca de la legitimidad moral del aborto provocado, uno de los argumentos más corrientes es el que se centra en un presunto conflicto de derechos morales entre un derecho de autonomía de la madre gestante y un derecho a la vida del feto. En este conflicto, los partidarios de la legitimidad moral del aborto, generalmente autodenominados *liberales*, se decantan por la prelación del supuesto derecho de autonomía de la madre gestante, que la autorizaría a tomar decisiones completamente libres, es decir, independientes de cualquier criterio ético objetivo, acerca de la continuidad o no del embarazo. Dicho más directamente, la madre tendría el derecho prácticamente absoluto de decidir si ha de practicarse un aborto o bien continuar con la gestación. Por supuesto que los autores contrarios a la legitimidad moral del aborto, a los que se denomina *conservadores*, afirman que la prelación corresponde al derecho a la vida del nonato, con la necesaria consecuencia de que la práctica del aborto es lisa y llanamente un crimen y por lo tanto intrínsecamente inmoral.

En lo que sigue se analizarán los términos centrales de esta argumentación y del consiguiente debate, aunque estudiando solamente el núcleo del planteo, es decir, si existe un derecho moral de autonomía de la madre dotado de una fuerza deóntica suficiente como para sobrepasar el derecho a la vida del feto² y habilitar moralmente el aborto. Se dejarán de lado, por lo tanto, cuestiones tales como las de la legislación positiva referida a la licitud jurídica, o ilicitud,

² El autor no ignora que el nonato se denomina científicamente de diferentes formas según las etapas temporales de su desarrollo, pero a los efectos expositivos se lo llamará genéricamente *feto*, ya que la argumentación vale igualmente para el no nacido en todas las fases de su evolución en el seno materno.

del aborto inducido, o las que abarcan otro tipo de argumentos de tipo consecuencialista, feminista, político o las referidas a la personabilidad moral del feto³. Además, en esta oportunidad la exposición se centrará principalmente en dos trabajos suficientemente representativos: el libro de Rodolfo Vázquez (2004), *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, y el artículo de Arleen Salles (2008), *El aborto*; incidentalmente se hará también referencia otros estudios, representativos de diferentes posiciones acerca de la problemática abordada.

Y respecto a esta problemática, se defenderán aquí principalmente las siguientes tesis centrales: (i) no existe un “derecho general de autonomía”, ya que la denominada *autonomía* es una realidad de otro tipo; (ii) sí existe un derecho moral a la vida en el feto (en rigor, se trata del derecho a no ser muerto) con fundamento en el bien humano de la vida; (iii) la denominada *bioética liberal*, al menos en sus formulaciones más habituales, incurre en inconsistencias y falacias graves e insuperables. También se extraerán algunas conclusiones relevantes referidas a la cuestión que es el objeto primordial de estas consideraciones.

2. ¿Existe un derecho general de autonomía? (I)

Una de las características omnipresentes en la corriente central del pensamiento ético contemporáneo es la de plantear las cuestiones en términos - al menos preponderantemente - de derechos. En este sentido, Arleen Salles sostiene que:

³ En este punto, véase: Massini-Correas, C.I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personabilidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”, en *Prudentia Iuris*, N° 76, Buenos Aires, 2013, pp. 65-77.

algunas sociedades occidentales se caracterizan por dar una gran importancia a los derechos individuales. Es éste probablemente el motivo por el cual la mayoría de los argumentos a favor o en contra de prácticas de diversa índole se plantean en términos de los derechos de las personas. Ahora bien aunque los derechos cumplen una función importante (...) se ha señalado que, en lo que hace a la cuestión moral, pensar sólo en términos de derechos frecuentemente lleva al empobrecimiento de la discusión (Luna y Salles, 2000, p. 358).

Esto es indudablemente verdadero, ya que significa la reducción de las categorías éticas sólo a la de derechos morales, dejando de lado otras especialmente relevantes, como las que corresponden a los bienes, las normas y principios, los deberes, las virtudes, los valores y varias más que integran el universo conceptual tradicional de los estudios éticos.

Es más, el mismo tratamiento de algunas cuestiones en estrictos términos de derechos supone una referencia necesaria y estructural a ciertos *deberes* que son correlativos de esos derechos, a *bienes humanos* que los justifican, a principios y *normas* que los precisan e imperan y así sucesivamente⁴. Por eso, al hablar del presunto derecho de autonomía de la madre gestante, será preciso vincularlo con los principios, deberes y bienes que lo explican - si es que realmente lo explican - y le dan sentido y justificación racional. Y esto resulta necesario, toda vez que, tal como lo sintetiza con precisión Alan Gewirth, para que pueda hablarse de *un derecho*, así se trate de un derecho moral, deben concurrir el menos cuatro elementos indispensables: (i) el *sujeto titular* del dere-

⁴ Véase: Polo, L., *Lecciones de ética*, Pamplona, EUNSA, 2013, pp. 160-165.

cho (A); (ii) el *objeto* o la materia sobre la cual el derecho versa o recae, que suele llamarse *prestación* (X); la *contraparte* del titular del derecho, que tiene el deber de cumplir con el objeto del derecho (B); y finalmente (iv) la *base justificatoria* del derecho (Y). A partir de este análisis, Gewirth propone una fórmula general que expresa lo que es *un derecho*: “A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y” (1984, p. 95).

Por lo tanto, si se pretende abordar la problemática del aborto inducido en términos de derechos - más allá de sus limitaciones - será preciso esclarecer los términos de su estructura básica, pero en especial su objeto y su justificación racional, ya que los sujetos activo y pasivo son, en general, fácilmente determinables. En el caso que nos ocupa, el objeto, es decir la *prestación* que es preciso realizar para cumplir con la exigencia del derecho de autonomía, ha de ser la de respetar todas y cada una de las elecciones que realice el sujeto titular, conforme lo establece el denominado *principio de autonomía*. En este punto, Rodolfo Vázquez reconoce que para que exista *un derecho* dotado de justificación racional, es preciso que sea posible identificar ciertos *bienes* sobre los que versan los derechos⁵. Pero “el bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”; dicho en otras palabras, “un liberal (...) parte del supuesto de que toda elección individual es valiosa por el mero hecho de ser libre” (Vázquez, 2004, p. 11)⁶.

⁵ Vázquez, A., o.c., p. 12.

⁶ Acerca de los orígenes históricos de la idea moderna de autonomía, véase: Schneewind, J.B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Trad. J.H. Ruiz Rivas, México D.F., FCE, 2009, pássim.

Por su parte, Carlos Nino sostiene explícitamente que:

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino, 1984, p. 135).

Esto significa que la *libre elección individual de planes de vida* resultaría valiosa en sí misma, con total independencia de los contenidos de esos *planes de vida* y de ese modo, la elección de una vida dedicada al consumo desenfrenado de drogas, a la manía de meter los dedos en los ventiladores o al odio a los extranjeros y a los niños, resulta dotada de valor del mismo modo que la opción por la ayuda a los necesitados, la lucha contra la desnutrición infantil y el cultivo de las ciencias y las artes; la elección de cualquier curso de acción perverso, estúpido o degradante revestiría un valor moral positivo en sí mismo, sólo por el hecho de haber sido elegido.

Y esto es así, toda vez que la mera autonomía, la capacidad de elegir, despojada de todo sentido referencial a algún bien humano, tiene un valor normativo completamente neutro: puede ser usada para el bien o para el mal más horrendo, para el heroísmo moral o para la degradación más radical. El problema en este punto radica en que, como lo defiende Alfonso Gómez Lobo,

en el pensamiento moderno ha habido una tendencia a no ver la libertad como precondition para el disfrute de otros bienes, sino como su sustituto en cuanto razón última de la acción; (...) [pero] no parece que lo sea, y por una razón muy simple: lo bueno para

nosotros no es sólo elegir libremente, sino elegir libremente aquello que es bueno (...) las acciones no se evalúan según si fueron o no libres (ello se asume), sino según si se eligió o no algo bueno. (...) Por consiguiente, la libertad es necesaria para alcanzar la vida plena, pero no es un componente de ella, del mismo modo en que lo son los bienes humanos básicos (Gómez Lobo, 2006, p. 49).

Por su parte, el filósofo liberal Joseph Raz sostiene inequívocamente que la autonomía, para tener algún significado, requiere la presencia de varias opciones, algunas de ellas negativas, malas o disvaliosas, en definitiva, inmorales. La autonomía - según este autor - es intrínsecamente valorable, y su valor depende de que sea bien usada, es decir, en la prosecución de objetivos y relaciones moralmente valiosos; “La autonomía es valiosa sólo si se ejerce en la prosecución del algún bien” (Raz, 1986, p. 381). Por lo tanto, desde esta perspectiva, una opción inmoral puede ser autónoma pero resulta desprovista de valor ético; elegir una opción inmoral hace al agente una peor persona, con una vida disvaliosa y degradada, por más que su elección haya sido - y con más razón aún por haber sido - completamente libre⁷.

Todo esto resulta confirmado por una remisión al uso corriente del lenguaje ético, fuente privilegiada de experiencia moral⁸, ya que en ese lenguaje no se califica de *buena* o de *valiosa* o de *excelente* a una opción en favor de una conducta envidiosa, o rencorosa, o de

⁷ Para la interpretación de estos textos de Joseph Raz, véase: George, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 173-188.

⁸ Véase: Massini-Correas, C.I., “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, en *Persona & Derecho*, N° 67, Pamplona, 2012, pp. 353-385.

odio racial, por la única razón de haber sido escogida libremente. Es más, muchas veces se considera mejor, o menos mala, una acción disvaliosa que ha sido adoptada en condiciones de libertad limitada; la responsabilidad moral negativa es, en estos casos, menor que si la decisión se hubiera adoptado en condiciones de libertad moral completa⁹. Nadie afirma razonablemente que “fulano estuvo muy bien al escoger envidiar a su hermana”, o bien que “mengano ha realizado una acción de gran contenido ético al decidirse sin trabas a odiar a su cuñado porque es judío” y así sucesivamente.

Más aún, la misma experiencia moral confirma que la experiencia psicológica del deber ético es la de una limitación efectiva a las opciones electivas de los sujetos; el deber no se percibe como algo por lo que se puede optar a voluntad, sino por el contrario como una suerte de necesidad - no física, ni lógica, ni psicológica, sino de carácter deóntico, ya que incluye la posibilidad física de violarla - que impone éticamente al sujeto la realización de un cierto curso de acción frente a otros posibles. La existencia de un principio moral de autonomía supone que la simple preferencia de un curso de acción cualquiera, aún de una acción degradante, es un bien para el hombre, que lo perfecciona y lo enaltece moralmente, y que resulta ser una razón decisiva para la acción moral; dicho en otras palabras, la elección sería la razón que justifica la elección misma, y no el bien que se persigue a través de esa elección. Es

⁹ Véase: Fagothey, A., *Ética. Teoría y aplicación*, Trad. C.G. Ottenwaelder, México, D.F., Interamericana, 1973, pp. 126-134; también véase: Debeljuh, P., *El desafío de la ética*, Buenos Aires, Temás Grupo Editorial, 2003, pp. 76-110.

evidente que esa perspectiva resulta lisa y llanamente contraria a los datos de la experiencia moral más elemental¹⁰.

Y es por esa razón que todos los defensores de la existencia de un principio de autonomía han debido imaginar inmediatamente límites que den algún sentido a las elecciones humanas y hagan posible pensar ese principio sin incurrir en absurdos demasiado notorios. El primero de estos autores fue el primer formulador del principio, Emmanuel Kant; en efecto, el filósofo de Königsberg, desde los mismos orígenes de su propuesta de un principio de autonomía moral, ató a ese principio a una limitación constitutiva: la del denominado *imperativo categórico*.

La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía, pues, es así: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal (Kant, 1996, p. 15).

De aquí se sigue la estructura del principio de autonomía: que el fundamento radical del deber moral reside en la voluntad o razón práctica del mismo sujeto obligado, pero debe cumplir para resultar operativo con un *test* o prueba: que sus mandatos revistan carácter universal y valgan para todos los sujetos que se encuentren en una situación moral similar.

¹⁰ Véase: Massini-Correas, C.I., “Acerca del principio ético de autonomía. Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, en AA.VV., *Amor a la sabiduría. Estudios en homenaje al Profesor Juan de Dios Vial Larraín*, Ed. J. Araos San Martín, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 595-619.

Otro tanto ocurre con los defensores contemporáneos de ese principio en el contexto de concepciones *liberales* de la bioética; en efecto, el conocido bioeticista James Childress defiende el principio de (respeto por la) autonomía pero sólo con el carácter de principio *prima facie*, es decir, en cuanto sobrepasable o derrotable por otros principios complementarios:

son muchas las situaciones clínicas en las que el peso de la autonomía es mínimo y el de la no-maleficencia y la beneficencia máximo. De la misma manera, al adoptar medidas públicas, la necesidad de justicia puede resultar superior a la obligación de respetar la autonomía (Childress, 2000, p. 181).

Por su parte, otros autores como Rodolfo Vázquez y Carlos Nino limitan el principio de autonomía, ante todo, con el agregado de que las decisiones autónomas no pueden causar daño a otros, y con la adición de otros principios, como el de dignidad de la persona humana y el de igualdad de las personas, en los que se incluyen asimismo otros bienes humanos, como la vida, la integridad física, la privacidad afectiva y familiar y el honor y la propia imagen (Vázquez, 2004 pp. 12-15; Nino, 1984, pp. 159-184; Sallés, 2008, pp. 255 y ss.).

En definitiva, resulta que los mismos autores que defienden la existencia del principio de autonomía, se ven en la necesidad de buscarle a ese principio límites que le otorguen un sentido deóntico o estimativo; en otras palabras, que hagan posible su operatividad razonable y le provean una dimensión valiosa a la conducta humana, dimensión que el propio principio de autonomía no está en condiciones de proveer. Y esto es así en razón de que no existe un principio - un principio *normativo*, se entiende - de autonomía, que regule y otorgue sentido moral a la conducta hu-

mana. Lo que sí existe es un supuesto antropológico de la eticidad: que los hombres son autónomos, es decir, dotados de libertad de elección en la búsqueda de su bien personal, el que se actualiza por medio de la búsqueda, promoción persecución y realización de los bienes humanos básicos¹¹.

En este mismo sentido, Robert P. George defiende que:

el significado de la autonomía, es posible concluir, no es el de proveer una razón para la acción, sino, mejor, el de suministrar una condición para la posibilidad de la deliberación práctica y la elección (...), ya sea que uno delibere bien y elija rectamente (es decir, actúe en razón de, y realizando, el bien de la razonabilidad práctica, entre otros bienes), o no haciéndolo (George, 1995, p. 181).

La autonomía - afirma en otro lugar del libro - no puede proveer una razón última para la acción. La autonomía no puede proveer una razón última para realizar una determinada acción allí donde existen razones competitivas para no realizarla. (...) Estas razones son provistas por las varias realidades intrínsecamente valiosas que pueden ser hechas y realizadas por la elección humana y la acción, no por la autonomía en sí misma. Estas cosas intrínsecamente valiosas son los denominados 'bienes básicos', que proveen razones últimas para la elección y la acción (George, 1995, pp. 179-180).

Resumiendo lo anterior sucintamente, es posible sostener que la autonomía, o la capacidad de elegir distintos cursos de acción, es una cualidad constitutiva del ser humano, que debe actualizarse

¹¹ Véase, en este punto: Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 59-99.

para que una acción sea propiamente humana y por lo tanto susceptible de calificación moral como buena o mala. El ejercicio de la autonomía es, por lo tanto, una condición necesaria para ser prácticamente razonable - o irrazonable - y para realizar algunas instancias de ciertos bienes humanos básicos. Pero sin esta referencia - positiva o negativa - a un bien humano, la mera autonomía o capacidad de elección no tiene contenido moral; en otras palabras, no es ni buena ni mala, ni moral ni inmoral, ni valiosa ni disvaliosa. Y es por eso que aquellos autores que hablan de un *principio de autonomía* se ven obligados a añadirle otros principios: de universalidad, de dignidad, de respeto a los demás, etc. para que aquel principio adquiriera un sentido normativo: en definitiva, un sentido moral¹².

3. ¿Existe un derecho general de autonomía? (II)

Por todo ello, y si se regresa a la propuesta de Alan Gewirth acerca de la estructura de *un derecho*, no es posible sostener razonablemente la existencia de un *derecho general de autonomía*, es decir, del mero ejercicio de la autonomía considerada en sí misma, toda vez que la denominada por ese autor “base justificatoria del derecho” no puede radicar en un principio inexistente en cuanto principio normativo. Para que un derecho resulte justificado racionalmente debe basarse en un principio que incluya como razón para la acción a un bien humano¹³ y ordene a él la conducta - de exigencia o de cumplimiento - de los sujetos de la relación de derecho. De este

¹² Acerca del debate sobre el “principio de autonomía”, véase: AA.VV., *Bioethics and Biolaw. Vol. II. Four Ethical Principles*, Ed. P. Kemp *et alii*, Centre for Ethics and Law in Nature and Society, Copenhagen, 2000, *pássim*.

¹³ En este punto véase: Finnis, J., *Natural Law...*, cit., pp. 198-230.

modo, el bien humano de la sociabilidad – y el principio que en él se basa - será el fundamento radical del derecho de asociarse, el bien del conocimiento será la raíz del derecho a la educación, el bien del trabajo justificará el derecho a trabajar y *ejercer toda industria lícita*, el bien de la vida humana será la causa normativa del derecho a la vida (o a la *inviolabilidad de la vida*¹⁴) y así sucesivamente.

Por supuesto que ciertos bienes humanos requieren del ejercicio efectivo de la autonomía para su realización adecuada; así por ejemplo, el bien de la sociabilidad-amistad exige una decisión libre de los socios o amigos, ya que nadie puede ser amigo a la fuerza; el bien del conocimiento supone una receptibilidad libre de los contenidos cognitivos, pues de lo contrario no se produciría su necesaria aprehensión o captación; el bien humano del trabajo, privado de alguna medida de decisión autónoma, se transforma en esclavitud y degrada al hombre, y así sucesivamente. Por lo tanto, es evidente que no se trata aquí de una *mera* autonomía, aislada e independiente de toda relación con un bien básico o alguna de sus concreciones. Afirma a este respecto Cruz Prados que “la autonomía humana no se basa en el escepticismo acerca del bien, en la falta de conocimiento acerca de lo que es bueno. Sabemos que la autonomía es valiosa porque conocemos que es necesaria para la obtención de determinados bienes” (Cruz Prados, 1999, p. 32). De este modo, los derechos, que tienen por objeto la realización social de esos bienes, están constitutivamente vinculados a ellos y no

¹⁴ Sobre este derecho, véase: Massini-Correas, C.I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en AA.VV., *El derecho a la vida*, Ed. C.I. Massini-Correas & P. Serna, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 179-222.

puede pensarse que la mera capacidad de elección, sin objeto alguno, pueda constituir el contenido de un derecho específico¹⁵.

Pero el mayor problema que se presenta a la presunta alegación de un derecho de la madre a decidir autónomamente abortar un feto vivo, es que el *objeto* de ese *derecho* - la prestación que se reclama - no podrá ser la autonomía en sí - por las razones apuntadas - sino la muerte del no nacido, es decir, se tratará de un derecho a provocar la muerte - es decir, *matar* - a un ente humano vivo. Y no se trata de otra cosa en el caso del aborto, aun cuando se lo intente diluir u ocultar con el uso de expresiones tales como *interrupción del embarazo* u otras similares. Ahora bien, resulta bastante claro que la eliminación física de un ente humano vivo no puede consistir en un bien humano, es decir, en alguna dimensión de su perfección o realización, y por lo tanto no puede considerársela como el objeto legítimo de un derecho moral. Por más que suene antipático, no existe un *derecho a matar* deliberadamente a un ser humano inocente, por más que sea pequeñito, y no pueda realizar todavía cálculos matemáticos o efectuar opciones políticas, acciones que podrá realizar eventualmente si no se practica el aborto y se lo deja vivir¹⁶.

Por otra parte, todas las varias doctrinas que sostienen que en el caso del aborto es posible matar a un ser humano, porque todavía no ha adquirido el estatus de *persona* son, como lo sostiene Finnis, *racionalizaciones* (2011, p. 314) producidas para excusar la deci-

¹⁵ Véase: Massini-Correas, C.I., “La eutanasia activa voluntaria: ¿existe un derecho a morir?”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, N° LXXX-3, Milano, 2003, pp. 398-408.

¹⁶ Véase: Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Trad. J. Mardomingo *et alii*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, pp. 358ss.

sión, ya tomada por motivos hedonistas, económicos o ideológicos, de sacarse de encima el problema de un embarazo. Y esto queda demostrado toda vez que, con anterioridad al debate contemporáneo sobre el aborto, la inmensa mayoría de los estudiosos identificaban las nociones de *ser humano* y de *persona humana*, comenzando por Boecio de Dacia¹⁷; y quienes no lo hacían, como el caso excepcional de John Locke, se oponían decididamente al aborto¹⁸.

Además, resulta claro que una cualidad constitutiva de un determinado ente, como lo es la *personidad* en el caso del hombre, que lo establece en su índole propia, no se puede tener por grados, o más o menos, o solo un poco, sino que se posee o no se posee integralmente; y si se posee, constituye al ser en su modo de ser intrínseco, diferenciándolo de los restantes seres de la realidad. Distinto es el caso de las cualidades adventicias, o determinaciones accidentales, que afectan al sujeto especialmente en su operación, pero no lo constituyen en cuanto tal sujeto. Es por esto que la operación o actividad del sujeto evidencia su constitución esencial pero no la determina; de este modo, v.gr. el lenguaje articulado evidencia el carácter inteligente del hombre pero no lo constituye en cuanto tal: el hombre habla porque es inteligente, pero no es inteligente porque habla. Y respecto a la personidad, esto significa que el hombre actúa como un ser personal porque es persona constitutivamente, pero esa actividad no es la que lo integra en cuanto tal, de modo que un ser humano es persona aunque todavía - o ya no - pueda ejercer todas las actividades que le corresponden

¹⁷ Véase: Amengual, G., *Antropología filosófica*, Madrid, BAC, 2007, pp. 215ss.

¹⁸ Véase: Kalinowski, G., “El derecho a la vida en Tomás de Aquino”, en AA.VV., *El derecho a la vida*, cit., pp. 219ss.

por su índole propia. Por ello, pretender que existen seres humanos que no son personas porque aún no están en condiciones de ejercer todas las actividades que corresponden a un adulto sano¹⁹, y además que por ello se los puede matar sin cometer ninguna falta moral, es una argumentación irracional e inadmisibles²⁰.

En un sentido similar, ha escrito Robert Spaemann que:

reducir la persona a ciertos estados actuales - conciencia del yo y racionalidad - termina disolviéndola completamente: ya no existe la persona sino sólo ‘estados personales de los organismos’. Esta doctrina se halla en flagrante contradicción con nuestra intuición espontánea más elemental. Es, inclusive, internamente contradictoria, pues los estados personales de conciencia no se pueden describir en absoluto sin recurrir a la identidad entre hombre y persona (...) Si el hombre fuera un ser vivo que hay que amaestrar, no una persona, no asimilaría [ni desarrollaría] las formas de expresión del ser personal. La personalidad [o personeidad] es una constitución esencial, no una cualidad accidental. Y mucho menos un atributo que (...) se adquiera poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie *homo sapiens* se revelan como personas por poseer

¹⁹ Entre los varios autores que defienden esta posición, se destaca Hugo Tristram Engelhardt, quien sostiene que “no todos los seres humanos son personas, no todos son autorreflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que no son personas. Estas entidades son (sólo) miembros de la especie humana”; Tristram Engelhardt, H., *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 107.

²⁰ En este punto, véase: Serani Merlo, A., *El viviente humano. Estudios Biofilosóficos y Antropológicos*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 77-92.

determinadas propiedades, debemos considerar seres personales a todos los individuos de esa especie, incluso los que todavía no son capaces, no lo son ya o no lo serán nunca, de manifestarlos (Spaemann, 1992, p. 72).

4. ¿Existe un derecho a la vida?

Habiendo argumentado en favor de la inanidad e inconsecuencia de la propuesta de un derecho general de autonomía que incluya un derecho a abortar, corresponde decir unas palabras acerca de la posibilidad de defender la existencia del denominado *derecho a la vida*, que en rigor debería llamarse *derecho a la inviolabilidad de la vida* o *derecho a no ser muerto deliberadamente*. Tal como se expuso más arriba, el sentido del derecho en general, y de los derechos-facultades en especial, radica en la prosecución del bien humano, en sus diversas dimensiones y en el contexto de la vida social²¹. Particularmente, los derechos morales consisten en facultades deónticas de exigir la prestación de un cierto objeto, que consiste decisivamente en una acción ordenada a un determinado bien humano en su realización intersubjetiva. De este modo, v.gr. existe un derecho a constituir asociaciones que se ordenan a la concreción del bien humano de la sociabilidad-amistad, así como un derecho a la libertad de prensa que procura alcanzar algunas de las dimensiones del bien del conocimiento, y así sucesivamente²².

²¹ Véase: Massini-Correas, C.I., *Filosofía del Derecho-I*, 2ª Ed., Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2005, pp. 31-175.

²² Véase: Massini-Correas, C.I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 199, pp.

Ahora bien, antes de abordar el caso del bien humano de la vida, conviene recordar una distinción que efectúa Robert P. George en los bienes humanos entre los *sustantivos* y los *reflexivos*. Sostiene este autor que los bienes de:

‘vida’, ‘conocimiento’, ‘juego’ y ‘experiencia estética’ son bienes *sustantivos*: si bien ellos pueden ser concretados a través de las elecciones por las cuales actuamos en su prosecución, cada uno de ellos es participado por nosotros antes y aparte de nuestras elecciones y de las comprensiones prácticas presupuestas por nuestras elecciones, como un don de la naturaleza y parte de nuestro patrimonio cultural. Por su parte, ‘sociabilidad’ y ‘razonabilidad práctica’ (...) son bienes *reflexivos*: pueden ser concretados sólo y a través de las elecciones por las cuales actuamos por ellos. La elección entra en su misma definición; no pueden ser realizados o participados excepto a través de la elección de realizarlos o de participar en ellos (George, 1995, p. 14) [énfasis añadido].

Esto significa que algunos bienes básicos incluyen en su misma constitución los actos electivos y los previos de la razón práctica por los que se alcanzan o realizan; pero hay otros bienes en los que razón y elección pueden ocasionalmente aparecer, pero no resultan necesarias para su presencia.

A estos últimos pertenece el bien humano de la vida, toda vez que la existencia humana persiste sin necesidad - en el sentido de condición necesaria - de opciones o elecciones de los sujetos; la vida se tiene por razones naturales y se conserva habitualmente por esas mismas razones; las elecciones humanas pueden afectar su calidad o su continuidad, pero no su existencia misma, al menos no de modo necesario. Dicho en otras palabras, el sujeto no tiene que realizar elecciones para poseer ese bien, aunque puede escoger el

atentar directa y deliberadamente en su contra. Y consecuentemente, el correspondiente derecho, denominado comúnmente como *derecho a la vida*, no consiste en un derecho moral a *tener* la vida, sino a que se *respete* la vida existente en todas sus dimensiones y en toda su duración natural.

Ahora bien, si se concentra la atención en el mencionado *derecho a la vida*, resulta claro que éste tiene por objeto la protección, amparo y defensa del bien de la vida humana, bien que reviste una particular relevancia, toda vez que no solo constituye una de las dimensiones del perfeccionamiento humano, sino que aparece como la condición necesaria para la realización de los restantes bienes humanos²³. De este modo, la vida se manifiesta como un bien que hace a la sustancia del ser humano - es el bien sustantivo por excelencia - contrariamente a lo que ocurre con los demás bienes humanos, que perfeccionan determinaciones adventicias del hombre, como su relación con los demás, su disfrute de la belleza o su capacidad de interiorizar intencionalmente una realidad o un aspecto de ella a través del conocimiento. Ha escrito De Raeymaker:

La bondad sustancial es la fuente de las operaciones accidentales por las cuales el ente particular llega a desarrollarse implicando a las demás realidades en su evolución. Cuanto más perfecto es el ente sustancial, más vasto es su campo de actividad (De Raeymaker, L., 1968, p. 244).

Pero además, y si se analiza la cuestión desde un punto de vista estrictamente práctico, resulta claro que la vida tiene un carácter especial en cuanto bien humano básico, ya que reviste una defini-

²³ Véase: Massini-Correas, C.I., “El derecho a la vida...”, cit., pp. 204-212.

tividad y una decisividad que no corresponden a los restantes bienes. En efecto, un atentado v.gr. contra el bien básico del conocimiento, como una mentira deliberada, implica una falta moral y un atentado contra el derecho moral al conocimiento, pero ese atentado no impide de modo definitivo *todo* conocimiento humano: permanecerán los conocimientos anteriores en la memoria y podrán adquirirse ulteriormente otros nuevos. En cambio, en el caso de los atentados al derecho a la inviolabilidad de la vida, cada atentado que resulte exitoso cercenará de modo decisivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. El atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que la extinción de la vida supone al mismo tiempo la extinción del resto de las vías y posibilidades de realización. De este modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida humana se constituye en un derecho sustantivo, decisivo y radical, cuyo respeto tiene una trascendencia única para el logro de todo el resto de los bienes humanos²⁴.

Y por todo lo anterior, también es necesario defender el carácter inexcusable del derecho a la vida, es decir aquello que algunos autores denominan condición de *absoluto* de ese derecho²⁵. En ri-

²⁴ Véase: Massini-Correas, C.I., “Los derechos humanos y la constitución argentina reformada”, en *Persona & Derecho*, N° 58, Pamplona, 2008, pp. 88ss.

²⁵ En este trabajo se evitará el uso de la locución “absoluto” para referirse a los derechos, en razón de que se trata de un término polisémico, con polisemia analógica, que se presta a argumentaciones semánticas generalmente falaciosas; se utilizará en su lugar la voz “inexcusable”, que significa de modo más preciso lo que se quiere expresar. Véase: Brugger, W. (Ed.), *Diccionario de filosofía*, Trad. J.M. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1975, voz “absoluto”; Magnavacca, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2005, voz “absolutum”; y González, A.L., *Diccionario de filosofía*, Pamplona, EUNSA, 2010, voz “absoluto”.

gor, lo que quiere expresarse aquí es que este derecho no reviste, tal como lo pretenden numerosos autores, un carácter meramente *prima facie*, con lo que se significa que se trata de un derecho sobrepasable o anulable en ciertas circunstancias o cuando se prevean ciertas consecuencias negativas. Los principales sostenedores de esta condición *prima facie* de este derecho, son los autores utilitaristas y en general consecuencialistas, para quienes las previsible consecuencias gravosas para la madre o para el mismo feto pueden justificar moralmente la realización de un aborto, aun aceptando que el feto sea titular de un derecho *prima facie* a la vida²⁶.

El problema que aquí se plantea es que, de aceptarse la categoría de *derechos prima facie*, técnicamente ha de desaparecer la misma categoría de *derechos*. Efectivamente, la noción de *derechos prima facie* resulta intrínsecamente contradictoria, ya que un *derecho* cuyo cumplimiento quede librado a que el obligado no tenga ciertos inconvenientes como consecuencia de realizar la prestación que es su objeto, no puede ser llamado propiamente *derecho*, y quedará reducido a una mera pretensión, deseo o anhelo. Correlativamente, es imposible que el sujeto pasivo de un derecho resulte propiamente *obligado* a cumplirlo, si sabe que estará autorizado a no cumplirlo si le resulta inútil, gravoso o molesto su cumplimiento. Nadie podrá *tomarse en serio*, en expresión de Dworkin²⁷, un derecho que está sujeto a la condición permanente y suspensiva de que el deudor no

²⁶ Véase: Farrell, M.D., *La ética del aborto y de la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985 y *pássim*; desde un punto de vista crítico, véase: Grisez, G., *El aborto. Mitos, realidades y argumentos*, Trad. L. Bittini, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1972, pp. 437ss.

²⁷ Véase: Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1982.

tenga razones de utilidad o conveniencia para no cumplirlo. Dicho en otras palabras, un derecho que se tiene condicionalmente a la ocurrencia o posibilidad de ciertos resultados no es propiamente un derecho; en rigor solo es un derecho una facultad de obrar o de exigir del que se es titular cada vez - y todas y cada una de las veces - que se den las condiciones requeridas para su existencia²⁸. Y es precisamente lo contrario lo que sostiene v.gr. M.A. Warren cuando afirma que el feto humano tiene un cierto derecho a no ser muerto, pero que ese derecho cede sistemáticamente frente al presunto derecho de la madre de *desembarazarse* de su hijo²⁹.

En definitiva: de lo expuesto en este acápite es posible concluir al menos las siguientes afirmaciones: (i) los derechos-facultades morales tienen como objeto el cumplimiento de una prestación ordenada a la realización de un bien humano en un contexto social de alteridad; (ii) ese mismo bien humano es el que justifica racionalmente el correspondiente derecho, ya que provee razones decisivas, es decir, insuperables deónticamente, para la acción humana - acción, dación u omisión - que llena el contenido del derecho; (iii) la vida humana es un bien humano sustantivo, ya que para poseerlo no resulta necesaria una elección o preferencia, pues se tiene originariamente, desde que comienza la vida hasta su extinción natural; (iv) por esta razón, la prestación que corresponde al derecho a la vida es fundamentalmente de respeto, cuidado o defensa de un bien que se posee naturalmente, sin necesidad de elección alguna ni del titular, ni del deudor obligado; (v) este derecho tiene carácter inexceptionable,

²⁸ Véase: Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 214ss.

²⁹ Warren, M.A., "El aborto", en AA.VV., *Compendio de ética*, Ed. P. Singer, Madrid, Alianza, 1995, pp. 417-431.

toda vez que no puede ser sobrepasado por razones de utilidad, conveniencia o riesgo de ninguna especie³⁰; (vi) por lo tanto, la mera capacidad de optar por diferentes vías de acción - la denominada *autonomía* - no puede justificar por sí sola una acción deliberada - el aborto - dirigida intencionalmente a dar muerte a un feto humano, ya que esa muerte - que es objeto del acto - no puede ser justificadamente una razón moral para la acción.

5. Consideraciones conclusivas (y un balance de la bioética liberal-autonomista)

De lo expuesto hasta ahora se sigue consistentemente que la pretensión de la existencia de un denominado *principio de autonomía*, fundamento suficiente de un llamado *derecho de autonomía*, es completamente infundada y hasta arriesgada. En efecto, pretender que la ética se limite a la consagración, promoción y defensa del albedrío individual - aunque luego haya que agregarle límites para otorgarle cierta racionalidad - significa un inaceptable reduccionismo de la ética, tal como se la ha entendido a lo largo de su existencia, que coincide con la existencia de los seres humanos. En la perspectiva liberal-autonomista, las normas morales, las virtudes, los bienes, los valores, los principios y todas las realidades éticas desaparecen como resultado de la *emancipación* de la moral de sus contenidos tradicionales y de los datos de la experiencia moral. Para Leonardo Rodríguez Duplá, es necesario recordar

el principio de la solidaridad de todos los aspectos de la vida moral.

Según este principio, las distintas virtudes y excelencias que hacen

³⁰ Véase: Ramírez, H. & Pallares, P., *Derechos humanos*, México D.F., Oxford University Press, 2011, pp. 67ss.

de un hombre un hombre bueno se hallan en mutua dependencia. La presencia de cada una confirma a las demás, su ausencia las debilita. La vida moral es, por lo tanto, un todo orgánico cuyas partes no sobreviven aisladas (Rodríguez Duplá, 2006, p. 57).

De este modo, una ética reducida a la mera tolerancia de las opciones personales de los sujetos, incluida la opción por realizarse todos los abortos que vengan en gana, deja de lado la mayor parte de la teoría de la vida humana lograda³¹, en especial todo lo referente a la generosidad, la valentía, la austeridad, la gratuidad, la solidaridad, el compromiso, la sobriedad, la amistad, la obediencia a las autoridades y tantas virtudes más.

En realidad la pedagogía moral basada en una ética de máximos, lejos de socavar el pluralismo, es su mejor garantía, pues (...) ni la tolerancia ni la autonomía pueden sobrevivir en el hombre si no se injertan en el entramado de las virtudes (Rodríguez Duplá, 2006, p. 59).

En especial, deja de lado las virtudes vinculadas con el respeto de los bienes ajenos, en especial el bien de la vida. Todos los bienes humanos de los demás o en los que ellos participan han de ser objeto de respeto:

el precepto del respeto - afirma Alfonso Gómez Lobo - también encuentra su justificación última en el principio formal de la razón práctica [“el bien ha de hacerse”] en cuanto su violación es exactamente lo contrario a hacer y perseguir el bien. Pero el precepto es más específico, pues agrega al principio la

³¹ Véase: Chappel, T., *Ethics and Experience. Life Beyond Moral Theory*, Durham, Acumen Publishing, 2009, p. 2 y passim.

referencia *al daño causado intencionalmente*. De hecho, de este precepto procederán las normas morales negativas, que por su misma naturaleza son las más específicas y estrictas de la moral. (...) Engañar a la esposa, mentir a un amigo, hacer trampa en el juego o hablar mal de un colega, faltan el respeto a la dignidad de los afectados sencillamente porque ciertos bienes de los que ellos participan están siendo atacados (Gómez Lobo, 2006, p. 69).

Con mucha mayor razón que en los ejemplos aducidos por el antiguo profesor de Georgetown, en el caso de la muerte intencional de un feto se está atentando contra un bien humano básico y faltando el respeto a la dignidad de quien participa de ese bien. Por lo tanto, se trata de una acción intrínsecamente maliciosa y constitutivamente negativa desde el punto de vista moral. En definitiva: si el feto es un organismo humano y la norma de respeto aplicada al bien de la vida prohíbe matar entes humanos inocentes, ningún aborto intencional puede estar moralmente permitido, sean cuales sean las consecuencias previsibles del embarazo. Estas últimas pueden atenuar o agravar el juicio moral, pero nunca lo constituyen, ni pueden hacer que la acción de matar resulte buena o tolerable.

Por todo lo anterior, la bioética liberal-autonomista no ofrece una explicación satisfactoria de su aprobación, aunque sea a veces condicionada, del aborto intencional. Es más, se ve obligado a aceptar proposiciones desconcertantes, como ésta que Rodolfo Vázquez atribuye a Carlos Nino:

Si admitimos que es inmoral matar al feto, de ello no se sigue que alguien, especialmente la madre, tenga la obligación moral de no causarle la muerte. La obligación en cuestión debe justificarse en

vista de la grave restricción que representa el embarazo y la crianza para la autonomía de la madre (Vázquez, 2004, 60).

Dicho en otras palabras, esto significa sostener al mismo tiempo las siguientes proposiciones estimativas: *no es moral matar al feto* (universal negativa) y *es moral que la madre mate al feto* (particular afirmativa), las que resultan contradictorias y por lo tanto no pueden ser a la vez verdaderas³². Es evidente que si la madre no tiene ninguna obligación moral de respetar la vida de su hijo, poco importa que la muerte del feto sea inmoral; seguramente será muerto autónomamente y la ética liberal aprobará la acción.

Todo esto es el resultado del abandono de los parámetros éticos de la tradición central de occidente, en especial del carácter referencialmente objetivo de los juicios morales, de la abdicación del papel insustituible que juegan los bienes humanos en la formación de los juicios práctico-éticos, del olvido de toda la dimensión virtuosa de la moralidad³³, así como del carácter eminentemente racional que ha de tener la dirección de la conducta humana y de la consecuente reducción de la realidad moral a la simple afirmación de una autonomía sin sentido finalista, objeto de una tolerancia casi universal. Se trata, por lo tanto, de una cómoda ética del todo vale, en el que la condición de no producir daño a otros, se reduce a los daños directos a los sujetos individuales, sin tener en cuenta

³² Véase: Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, Reidel Publishing-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 77-83; y Kalinowski, G., *La logique déductive. Essai de presentation aux juristes*, Paris, PUF, 1996, pp. 85ss.

³³ Véase en este punto: Russell, D.C., *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 37-71. Sobre la ética de virtudes en el marco de la bioética contemporánea, véase: Ferrer, J.J. & Álvarez, J.C., *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, 2ª Ed., Madrid, Universidad de Comillas-Desclée de Brower, 2005, pp. 183-204.

los daños colaterales, futuros y los que pueden causarse al bien común de las diferentes comunidades. Es por ello que:

la reducción de la ética a una ética de mínimos, comporta un considerable empobrecimiento del análisis moral. Dicho en dos palabras, asistimos hoy a la suplantación de la ética por el derecho. Obsérvese (...) que ‘lo exigible’ al ciudadano de una sociedad pluralista se identifica a menudo con lo que el Estado puede legítimamente imponer con medios coercitivos (Rodríguez Duplá, 2006, p. 54).

En definitiva: la reducción de la ética - realizada enfáticamente por la ética liberal - a la mera tolerancia de cualquier elección autónoma que le venga en gana al sujeto, con la única salvedad de que no cause un daño directo e inmediato a otros individuos, significa en los hechos la supresión de la ética como doctrina de la vida humana lograda y su disolución como guía racional hacia objetivos de perfección personal y colectiva. En este contexto, el de una ética que ha dejado de lado los límites objetivos en el obrar (Spaemann R. , 2003, p. 347), es posible considerar que la muerte deliberada de un ser humano en estado fetal es una conducta legítima - aunque se trate de un daño a otro - siempre que sea el resultado de una opción autónoma de la madre gestante. El principal problema que aquí se plantea es que esa opinión significa la ruina de la ética como actividad racional y el olvido del principio basilar sobre el que se levantan todas las comunidades humanas: el de que no se debe matar *nunca*³⁴ deliberada y directamente a los demás seres humanos.

³⁴ Véase, en este punto: Finnis, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*, Washington D.C., CUA Press, 1991.

6. Referencias

- Childress, J. (s.f.). El lugar de la autonomía en la bioética. En F. Luna, & A. Salles.
- Cruz Prados, A. (1999). *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*. Pamplona: EUNSA.
- De Raeymaker, L. (1968). *Filosofía del ser*. Madrid: Gredos.
- Finnis, J. (2011-04-07). Justice for Mother and Child. En J. Finnis, *Human Rights and Common Good: Collected Essays-III*. Oxford University Press.
- George, R. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. New York: Oxford University Press; Clarendon Press.
- Gewirth, A. (1984). Are there any absolute rights? En J. Waldron (Ed.), *Theories of Rights*. New : Oxford University Press.
- Gómez Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos*. Santiago de Chile: Mediterráneo.
- Kant, E. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, edición bilingüe*. (J. Mardomingo, Ed.) Barcelona: Ariel.
- Luna, F., & Salles, A. (2000). *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Nino, C. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. New York: Clarendon Press; Oxford University Press.

- Rodríguez Duplá, L. (2006). *Ética de la vida buena*. Bilbao: Desclée de Brower.
- Salles, A. (2008). El aborto. En F. Luna, & A. Salles, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos* (págs. 247-279). Buenos Aires: FCE.
- Spaemann, R. (1992). ¿Todos los hombres son personas? En J. del Barco (Ed.), *AA.VV., Bioética*. Madrid: Rialp.
- Spaemann, R. (2003). *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. (J. C. Mardomingo Sierra, & J. Fernández Retenaga, Trans.) Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Vázquez, R. (2004). *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*. Ciudad de México: FCE.

Excepción a la edad mínima para trabajar en Bolivia y el principio del interés superior del niño¹.

*The Exception to the Minimum Age to Work in Bolivia and the
Principle of the Best Interests of the Child.*

Adriana E. Fernández Pereyra*

Recibido: 04.01.2018

Aprobado: 18.02.2018

Resumen

El Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo determina que de manera excepcional se deben adoptar los catorce años como edad mínima para trabajar, en favor de los países en vías de desarrollo. Por otra parte, el actual Código de la Niña, Niño y Adolescente (CNNA) establece como edad mínima para trabajar los catorce años. Sin embargo, esta norma autoriza excepcionalmente las edades de diez años para trabajos por cuenta propia y doce años para los que son por cuenta ajena. Esta investigación tiene por objeto el análisis de esta excepción a la edad mínima para trabajar y la finalidad de determinar si ella transgrede el prin-

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Excepción a la edad mínima para trabajar en Bolivia y el principio del interés superior del niño” que la autora defendió en abril de 2017 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Licenciada en Derecho. Contacto: afndzp@hotmail.com

cipio del interés superior del niño. La investigación hace uso del método dogmático jurídico en la interpretación de la norma que contiene la excepción, así como la ponderación de los derechos involucrados. Las conclusiones obtenidas manifiestan que sí existe transgresión al principio del interés superior del niño, toda vez que los derechos a la educación, desarrollo y salud no se ejercen de manera conjunta al derecho al trabajo. Asimismo, en este caso particular el interés superior del niño responde a los derechos a la salud, educación y desarrollo.

Palabras clave: Edad mínima para trabajar / principio del interés superior del niño / Convenio de la edad mínima para trabajar 138 de la Organización Internacional del Trabajo / Código Niña, Niño y Adolescente ley 548 del Estado Plurinacional de Bolivia.

Abstract

Convention 138 of the International Labour Organization states that, in exceptional cases, fourteen years should be adopted as the minimum age for admission to employment in developing countries. On the other hand, the current law of childhood and adolescence in Bolivia establishes the minimum age to work in fourteen years and, exceptionally, ten years for self-employment and twelve years for paid employment. The purpose of this research is to examine the exception to the minimum age for work contained in the law of the child and adolescent to determine whether this normative provision violates the principle of the best interests of the child. Therefore, the investigation makes use of the legal dogmatic method, through the interpretation of the article that contains the exception and the weighting of the rights involved. The conclusions obtained show that there is a violation of the principle of the

best interests of the child since the right to education, development, and health are not exercised jointly with the right to work. Also, the best interest of the child in this particular case answers to the right to health, education, and development.

Keywords: Minimum age for admission to employment / the best interest of the child / Convention of the minimum age for admission to employment 138 International Labour Organization / Código Niña, Niño y Adolescente ley 548 del Estado Plurinacional de Bolivia.

1. Introducción

Los derechos humanos fueron reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 con el propósito de alcanzar la efectiva protección de los derechos de las personas y de determinados grupos. José Pisió Martínez (1997), cita a Pérez Luño en su definición de derechos humanos como “aquel conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (s.p.). En este contexto, los países adoptaron constitucionalmente esta corriente de diversas maneras normativas y jurisprudenciales.

La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en América Latina ha tenido lugar a través de la interpretación constitucional. Las excepciones son Argentina (1994), Venezuela (1999) y Bolivia (2009) al haber reconocido el rango constitucional de algunos tratados de derechos humanos expresamente en sus textos constitucionales, aunque en Venezuela y Bolivia tales normas estuvieron precedidas por sentencias de sus cortes constitucionales que ya reconocían esta alta jerarquía (Góngora, s.a., p. 325).

La reforma de 1994 a la Constitución Política del Estado de 1967 estableció en su artículo 228 su carácter de ley suprema del ordenamiento jurídico nacional, empero la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales no se determinó claramente. Por otra parte, su artículo 120.9 atribuyó al Tribunal Constitucional la facultad de conocer y resolver la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales. Posteriormente, el Tribunal Constitucional de Bolivia se pronunció mediante sentencias constitucionales que determinaron que los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad (Góngora, s.a.).

La vigente Constitución Política del Estado de 2009 establece en su artículo 410.II que el bloque de constitucionalidad está integrado por tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y derecho comunitario ratificados por el país. El bloque de constitucionalidad es entendido como “la permisión de reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución” (Góngora, s.a., p. 301). Por lo tanto, éste surge en Bolivia en primera instancia mediante interpretaciones jurisprudenciales y una siguiente reforma constitucional. Los derechos de la niñez y adolescencia se hallan en el bloque de constitucionalidad y en la Constitución.

En un primer momento la Sociedad de Naciones se pronunció mediante la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño en 1924, luego Naciones Unidas emitió la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y en 1989 se llevó a cabo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

Se plantearon dos corrientes. Por un lado, la Sociedad de Naciones estableció la *situación irregular* o aquella que reconoce, en lugar de derechos a las niñas, niños y adolescentes, potestades a los adultos que deben dirigirse a la protección de los menores (Beloff, 1999), obstaculizando, de esa manera, un verdadero desarrollo y progreso de y en cuanto a los derechos de la niñez y adolescencia.

La segunda corriente, establecida por Naciones Unidas, es la de la *protección integral del niño* en la que las niñas, niños y adolescentes son los sujetos de derecho. Beloff (1999) explica que toda ley debe inicialmente definir los derechos y, de igual manera, determinar el deber que tienen la familia, la comunidad y el Estado de restablecer su ejercicio en caso de vulneración. Es decir, se pretende un adecuado desarrollo de las políticas sociales y penales en pos de la defensa y reconocimiento de los derechos de la niñez y adolescencia. Estas leyes tienen carácter universal, pues no están limitadas tan solo a menores, sino que alcanzan a la niñez y adolescencia en general; la intervención de los jueces se encuentra limitada por garantías y, respecto a la política criminal, las garantías procesales reconocidas por la constitución e instrumentos internacionales les comprende, además de las garantías específicas de que gozan por su calidad de niños y adolescentes.

A partir de la adopción de esta corriente, la protección de los derechos se basa en el principio del interés superior del niño, principio garantista que estipula la limitación del carácter imperativo de las autoridades. Esto quiere decir que, al momento de adoptarse una medida, ella no solo debe promover sus derechos, sino que también los debe proteger. Así, cuando exista conflicto entre derechos, la función que cumple el principio es el de ponderarlos, buscando la menor afectación y garantizando su goce y ejercicio. De este

modo es posible afirmar que el interés superior es la satisfacción integral de sus derechos (Cillero, 1999).

Bolivia ratificó la CDN el 8 de marzo de 1990. Su artículo 32 establece la protección al niño contra la explotación económica y de cualquier trabajo que pueda dañarle. En su numeral 2 indica que los Estados partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación de dicha protección. De esa manera, para llegar a cumplir con ese objetivo, los Estados deben determinar una edad mínima para trabajar, disponer de un reglamento que dicte los horarios y condiciones de trabajo, así como las respectivas penalidades o sanciones para asegurar su aplicación efectiva.

Por otra parte, Bolivia ratificó el 11 de junio de 1997 el Convenio 138 sobre la edad mínima de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este determina los quince años como edad mínima general para la admisión al trabajo o al empleo, una excepción de trece años de edad para trabajos ligeros, los dieciocho años como edad mínima para el trabajo peligroso y los dieciséis bajo determinadas estrictas condiciones. Sin embargo, para aquellos países cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados (Convenio 138 de la OIT, art. 3), ofrece la posibilidad de establecer en un primer momento la edad mínima general en catorce años y de doce años para trabajos ligeros. Los Estados que ratificaron esta Convención se comprometieron a adaptar sus legislaciones y políticas públicas para su eficaz cumplimiento y obtención de resultados. Constituye la CDN la base sobre la cual se sustentan las normas que buscan eliminar el trabajo infantil.

En lo tocante al marco constitucional boliviano, en 1967 se tuvo la primera regulación respecto a las niñas, niños y adolescentes trabajadores en Bolivia. Se hacía una única mención en el artículo 157 determinando que “la ley regulará las relaciones laborales emitiendo normas sobre contratos individuales y colectivos, salario mínimo, jornada máxima, trabajo de mujeres y menores, descansos semanales y anuales remunerados”. La vigente Constitución del año 2009 establece en su artículo 60 el deber del Estado, la sociedad y la familia de garantizar la prioridad del interés superior del niño.

Tanto en la norma suprema como en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad se reconoce el interés superior como principio rector en materia de niñez y adolescencia. La Constitución Política establece que significa la preeminencia de los derechos. Este principio estipula que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen (Cillero, 1999). Es decir, toda medida que transgreda sus derechos lo hace en primera instancia contra el cumplimiento de este principio rector. En algunas ocasiones los derechos pueden verse afectados por el ejercicio de otros derechos, razón por la cual la doctrina de la protección integral establece la primacía del interés superior.

En 1999 se promulgó la ley 2026 del Código Niña, Niño y Adolescente que entró en vigencia el año 2000. Determinó como edad mínima para trabajar los catorce años, acorde a los convenios ratificados y bajo el entendido que los países en vías de desarrollo tenían permitido excepcionalmente determinar esta edad mínima para trabajar.

El año 2014 se derogó la ley 2026 y entró en vigor la ley 548, actual Código Niña, Niño y Adolescente. Esta ley dispuso importantes

modificaciones respecto a la regulación del derecho a la protección del trabajo. En su artículo 129 mantiene como edad mínima para trabajar los catorce años; sin embargo, en su párrafo segundo, excepcionalmente permite el trabajo por cuenta propia a partir de los diez años de edad y el trabajo por cuenta ajena desde los doce años, previa autorización de la Defensoría de la Niñez en ambos casos. Para la procedencia de la excepción de la ley 548, la autorización requiere una previa valoración socio-económica (art.129 III) psicológica y médica integral, que acredite la salud, capacidad física y mental para el desempeño de la actividad laboral (art. 131 IV).

La ley 548 define trabajo por cuenta propia a “aquel que sin formar parte de la actividad familiar ni social comunitaria, se realiza sin que exista una relación de subordinación ni dependencia laboral” (art. 133) y trabajo por cuenta ajena a “aquel que se desarrolla por encargo de un empleador, a cambio de una remuneración económica mensual, semanal, a destajo, o cualquier otra; y en relación de dependencia laboral” (art. 132).

Estas excepciones previstas por la ley 548 deben ser analizadas en relación con el denominado *trabajo infantil*. Éste es definido de la siguiente manera:

Toda actividad económica realizada por niñas, niños y adolescentes, por debajo de la edad mínima general de admisión al empleo especificada en cada país, cualquiera que sea su categoría ocupacional (asalariado, independiente, trabajo familiar no remunerado) y que sea física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiere en su escolarización: privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o exigiendo que

intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado (Arrunátegui, 2007, p. 17).

La OIT define el trabajo infantil como todo aquel que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico (Organización Internacional del Trabajo, 2016). La CDN, citada por Mendizábal (s.a.), lo define como toda actividad libre o forzosa de menores de edad para producir bienes o servicios, de manera subordinada o no, en industria familiar o de terceros, remunerado o no, e independientemente del tipo de remuneración en dinero o en especie que reciba para sí o para terceros, aun cuando a la relación laboral se le denomine distinto, se le asigne otra naturaleza o se disfrace con alguna otra figura jurídica.

De esta manera, podría considerarse que la legislación boliviana permite el trabajo infantil, aunque bajo estrictas condiciones. El art. 129.II de la ley 548 exige que el trabajo no menoscabe el derecho a la educación, no sea peligroso, insalubre, no atente contra el desarrollo o dignidad, o no esté expresamente prohibido por ley.

El fundamento de tal excepción es sustentado en el interés superior del niño. Fontana y GruGeL (2016) explican en un artículo de la Revista Nueva Sociedad que este principio “fue la base para el desmantelamiento de la lógica dominante de mantener a los menores fuera del mercado de trabajo” (p. 1). Por otra parte, está fundado en el derecho a participar y expresar su opinión. De esta manera, los legisladores, considerando el interés superior, valoraron y respondieron a la realidad social y a los derechos de la niñez y adolescencia.

Ahora bien, el principio del interés superior tiene la función de realizar la ponderación de un derecho sobre otro. Para poder resolver esta situación debe probarse, en el caso concreto, la imposibilidad

de satisfacción conjunta de los derechos (Cillero, 1999). Siendo que, en aplicación de este principio, resultaría ambigua la determinación *general* del mayor beneficio o perjuicio, la ley 548 atribuyó a las autoridades tal decisión y su interpretación en cada caso en concreto. Desde este punto de vista corresponde determinar si, dentro de los mismos derechos de las niñas, niños y adolescentes, es necesaria su ponderación y determinar si tal situación conllevaría la exclusión del ejercicio del derecho que resulte más perjudicial.

2. Estado Plurinacional de Bolivia: Estado social de derecho.

El 7 de febrero del año 2009 entró en vigencia la nueva y actual Constitución Política de Estado que determina en su artículo primero que el Estado Plurinacional de Bolivia es un Estado Unitario Social de Derecho.

Para determinar lo que es un estado social de derecho es imprescindible entender lo que es un estado de derecho. Uprimy (2014) menciona que el Estado de derecho se ve reflejado desde Aristóteles, mediante su gobierno de leyes y de personas: es un Estado gobernado por leyes que, al momento de ser promulgadas, deben ser acatadas y respetadas incluso por sus autoridades. Esto significa que en tales casos existirán mayores seguridades jurídica y de libertad de sus ciudadanos. La tradición continental del *Rechtsstaat*, dentro de las visiones jurídicas alemanas, o del *Etat de droit* francesas, establecieron la visión de un Estado de derecho formal o legislativo; en este caso, no solamente existe el sometimiento de parte de las autoridades a la ley, sino que ésta debe cumplir con los requisitos de generalidad y promulgación previa.

Por lo tanto, en un Estado de derecho las autoridades que gobiernan se encuentran bajo el imperio de las normas de manera estricta-

ta. Las características mínimas que deben tener las leyes inician por ser irretroactivas, de carácter público, estables, claras y cumplir el procedimiento establecido. Para asegurar el cumplimiento de las leyes y, además solucionar las situaciones respecto a particulares que fueron afectados por comportamientos ilegales de las autoridades, debe existir un poder judicial independiente. Entonces, la existencia de un órgano soberano de producción normativa es indispensable. Al enfocarse tan solo en la formalidad de la ley, no es de mucho interés su contenido, el que puede llegar a recaer en disposiciones injustas (Uprimny, 2014).

Burgos (2010) refiere el Estado de derecho sustancial que no se enfoca en la forma de la norma, sino en su contenido, mismo que debe estar dirigido al cumplimiento de determinados derechos. Vanossi (2008) explica que el concepto material del Estado de derecho, en busca de la preservación del ámbito de la sociedad, se enfoca en la organización del poder. Para encontrar un punto de equilibrio en las relaciones sociales, es necesaria una concertación para que los contrapoderes respeten a los poderes; ya no se trata de las individualidades que habían acordado la vida en civilización.

El *Rule of Law* de los anglosajones y el Estado Constitucional de la doctrina continental europea adoptan el postulado del gobierno de leyes y los principios esenciales (separación de poderes y legalidad). Además establecen que las leyes deben respetar criterios mínimos de justicia, asociados al respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución (Burgos, 2010).

Vanossi (2008) indica que la idea de Estado de derecho queda encerrada en la realidad del Estado constitucional, propio de los regímenes democráticos y pluralistas, supone la soberanía popular, la creación del derecho por intervención o representación de los goberna-

dos, la separación y distribución de poderes, el poder limitado y controlado, las libertades individuales, los derechos sociales, la posibilidad de alternancia de acceso al poder, la responsabilidad de los gobernantes, el régimen de garantías, el consenso sobre la coerción y la gestión de las decisiones políticas fundamentales, la independencia de los controlados respecto del controlante, el pluralismo de partidos, de grupos y la relativización de los dogmas oficiales.

Díaz (1966), citado por Alarcón (2015), manifiesta que los derechos fundamentales son la razón de ser de Estado de derecho y por lo tanto, la democracia es el procedimiento para convertir en legalidad tales exigencias de legitimidad, pues la mejor defensa de la legalidad y la legitimidad exige la obediencia a la Constitución y al Estado de derecho. Establece además que el Estado de derecho se basa en una concepción formal y material, toda vez que el imperio de la ley y la seguridad jurídica se fundamentan en dos principios ético-políticos: los derechos individuales básicos y la soberanía popular.

Determina Ferrajoli, citado por Ugarte (2014), que el garantismo es el principal rasgo funcional del Estado de derecho, pues se caracteriza en el plano formal por el principio de legalidad y, en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pisarello, también citado por Ugarte (2014), sostiene que para materializar la tan ansiada igualdad jurídica y el Estado de derecho, se debe agregar a su catálogo de derechos la protección de las minorías, mujeres, niños, etnias y los derechos en relación a la paz, al medio ambiente y a las nuevas tecnologías.

Sagastume (s.a.) considera que las condiciones necesarias para la existencia de un Estado de derecho son: a) la división auténtica de

poderes, b) la expresión de la voluntad general o de la mayoría de los miembros de un Estado mediante la ley, donde no solo existe igualdad ante ella sino igualdad en su creación, c) el gobierno debe su existencia a los representantes del pueblo, d) la soberanía es ejercitada por los representantes del pueblo; y, e) la existencia de leyes constitucionales que protejan las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos y las libertades fundamentales, creando órganos judiciales para velar por su cumplimiento. El autor cita a Weber respecto a la legitimidad del Estado: se accede al poder mediante la voluntad general y se la mantiene cotidianamente al buscar el beneficio de la población mediante la protección y cumplimiento de las normas internas y externas que protegen los derechos humanos. Respecto al preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Sagastume (s.a.) explica que de éste se entiende que el Estado de derecho constituye en un requisito mínimo para el ejercicio pleno y eficaz de los derechos humanos.

Arias (2010) explica que el Estado social de derecho, además de implicar básicamente lo mismo que un Estado de derecho, debe incluir elementos de justicia social, superando así al estricto principio de la legalidad. De esa manera, significa el reconocimiento de que la ley está formulada para los hombres, y es elaborada en una sociedad concreta; por lo tanto debe reflejar la realidad de esa sociedad. Asimismo, el Estado se convierte en el defensor del bienestar común y la justicia social, además de garantizar los derechos humanos, es promotor de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del desarrollo integral y la existencia digna del ser humano.

En cuanto al principio de igualdad, si bien permanece la igualdad formal, se introduce la igualdad material. De esta manera, se admite la discriminación positiva que permite tomar medidas diferentes

para sectores sociales vulnerables, como son las niñas, niños y adolescentes, las personas de la tercera edad, entre otros. En cuanto a la aplicación de la ley y su interpretación literal, los jueces deben rechazarla en los casos que el resultado signifique injusticia u obtenga desigualdad entre los litigantes.

Villar (2007) establece los principios que conforman la aplicación del Estado social de derecho: la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y la integridad personal, el principio de igualdad, la prohibición de toda discriminación, la protección del matrimonio y de la familia, el derecho a la vivienda y a la educación, la obligación social de la propiedad, el derecho a un ambiente sano y a la cultura.

El mencionado autor cita a Katz (s.a.) para desarrollar los elementos que componen un estado social de derecho. En primer lugar está la obligación de establecer condiciones de vida soportables, es decir, estándares mínimos para toda la sociedad o mínimo existencial; en segundo lugar, seguridad social; en tercer lugar igualdad social, que refiere a igualdad de oportunidades que implica protección a los socialmente débiles; en cuarto lugar la equidad social, comprende todos los derechos fundamentales; en quinto lugar el sistema jurídico público de indemnizaciones, en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos; y, sexto lugar, el comportamiento social justo del individuo frente al Estado.

Por lo tanto, la vigencia, protección y cumplimiento de los derechos humanos descansa en la existencia de un Estado de derecho, como requisito mínimo. Por su parte, el Estado social de derecho posee cualidades adicionales a la protección de los derechos humanos, otorgándole al Estado un rol fundamental como protector

de los derechos económicos, sociales y culturales, y de la misma forma, mayor énfasis en la protección de poblaciones sociales vulnerables, como es el caso de niñas, niños y adolescentes.

2.1. Edad mínima para trabajar y su excepción en el artículo 129 del Código Niña, Niño y Adolescente en Bolivia. A raíz del proceso de reforma del Código Niña, Niño y Adolescente, que culminaría el año 2014 con la promulgación de la ley 548, la Unión de Niñas y Niños Trabajadores (UNATTSBO) se manifestó en la ciudad de La Paz – Bolivia exigiendo que se elimine la edad mínima para trabajar, en virtud de la realidad nacional.

Se estableció un debate y la consecuentemente necesidad de llegar a una negociación en la comisión de la Asamblea Legislativa Plurinacional encargada del tratamiento de la edad mínima para trabajar. Se conformaron dos posiciones diferentes.

Por un lado, la OIT y algunas organizaciones no gubernamentales (ONG), que consideraron que la edad mínima para trabajar debe permanecer en los catorce años de edad, como lo establecen los tratados internacionales ratificados por Bolivia. Argumentaron que la obligación de las niñas, niños y adolescentes es estudiar y que el Estado, la familia y la sociedad deben proveer políticas, legislación, y posibilidades para que los derechos de la niñez y adolescencia prevalezcan frente al trabajo. Recordaron que el objetivo es la erradicación del trabajo infantil y no su legalización. Siguieron la postura que indica que el Estado tiene la obligación, en todos sus niveles políticos, de llevar a cabo programas de prevención y protección para niñas y niños trabajadores menores de 14 años de edad y, especialmente, de apoyar a las familias que viven en extrema pobreza (Strack y Liebel, 2015).

UNATSBO (s.a.) presentó su libro *Mi trabajo es mi fortaleza* como una propuesta para la regulación del trabajo infantil en Bolivia y que se constituyó en la base del proyecto de ley. Ahí se estableció que no sólo es la necesidad o la pobreza familiar la causal para aportar a la familia con trabajo, sino también permitirse algunos gustos (p. 69), independizarse y tener un rol más importante en la familia. Los elementos principales que componen su propuesta legislativa para la no erradicación del trabajo infantil son: a. Reconocimiento social, traducido en el respeto a las niñas, niños y adolescentes trabajadores. b. Escuchar la opinión que tienen respecto a lo que es mejor para ellos. c. La educación como una aspiración compatible al trabajo. d. De igual manera, tener tiempo para trabajar y estudiar. e. Correcta remuneración de su trabajo. e. Seguridad en el trabajo. Sostienen que la realidad de Bolivia es diferente a lo que proclaman los instrumentos internacionales por razones culturales y económicas.

En un primer momento, en el proyecto de ley que presentó UNATSBO, se hizo énfasis en lo que es la *wawa* andina y la vida en comunidad en el campo. Se explicó que el trabajo para las niñas y niños es percibido como algo inherente a su vida, bajo el concepto de coparticipación con la familia y la comunidad. Así, el trabajo significa goce, aprendizaje, convivencia y reciprocidad. Es por eso que la niña y el niño están presentes en todo momento del desarrollo de la vida comunitaria a través de la siembra, la cosecha y el pastoreo, entre otros. Son considerados parte activa de la sociedad y la economía familiar, tal como lo expresó la vocera de *Save The Children* a la BBC Mundo (Smink, 2014).

Arteaga y Dominic (2007) realizaron un estudio, respecto a lo que es la *wawa* de Los Andes en el que describen las actividades de subsistencia-aprendizaje de las niñas y niños dentro de sus comu-

nidades, tales como la chacra y el pastoreo. Son actividades económicas que demuestran cariño de parte de los hijos hacia los padres, ayudan a mantener la independencia y autonomía familiar, y además aseguran el bienestar de la comunidad.

De la misma forma, se sustenta en el principio constitucional del *vivir bien*, entendido como convivencia comunitaria, con interculturalidad, sin asimetrías de poder y en armonía con la naturaleza (UNATSBO, s.a.).

En el proyecto de ley se explica el contexto del país que tiene al trabajo como sinónimo de supervivencia. Hace énfasis en la crisis económica y social a fines de los años 70, situación que se agravó desde mediados de los años 80 y terminó en el año 2002. Esto trajo como consecuencia la disminución drástica de las inversiones, del nivel de producción y del empleo. A la vez, la deuda externa se incrementó por lo que se redujo el poder inversionista y socio regulador del gobierno. La política neoliberal que inició en 1985 tuvo como efecto el crecimiento de la deuda externa, la inexistencia de industrialización e infraestructura y el fortalecimiento de las estructuras económicas informales de supervivencia.

El informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas de 2015 estableció que "Uno de cada dos bolivianos ha superado el umbral de la pobreza, mientras que en las áreas urbanas dos de cada tres habitantes se hallan en esta situación" (p. 24). Según datos del Banco Mundial (2016), durante la década 2004-2014, en razón al incremento de precios de materias primas y la prudente política macroeconómica, la economía boliviana creció a una tasa anual promedio del 4,9%. Por lo tanto, la pobreza moderada se redujo del 59% al 39% entre 2005 y 2014. Sin embargo, en virtud al desa-

fianje contexto internacional, el año 2015 se redujo el crecimiento del PIB del 6,8% al 4,8% en 2013.

Por otra parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) determinó que la pobreza rural en Bolivia bajó muy poco del 2012 al año 2013. De acuerdo a su informe Panorama Social de América Latina de 2014, los indicadores socioeconómicos de la población rural muestran que prevalecen elevados índices de pobreza e indigencia. Asimismo, el informe de 2015 indicó que “en 2014, las tasas de pobreza e indigencia se mantienen estables respecto a 2013 (en 28.2% y 11.8%) pero en 2015 ambas se incrementan” (Cepal, 2015, s.p.).

Los fundamentos también se sostuvieron en la calificación del índice de Desarrollo Humano de la Organización de Naciones Unidas, que situó a Bolivia como un país con desarrollo humano medio. Lo que trae como consecuencia que un sector de la sociedad no tenga los medios suficientes para la manutención de sus familias, siendo las niñas y los niños llamados a aportar también al sustento familiar. Es por eso que consideraron que la edad mínima para trabajar impide que los derechos laborales les sean aplicables, lo que redundaría en la vulneración de sus derechos fundamentales.

“De acuerdo con la última Encuesta Nacional del Trabajo (2008), más de 28% de los niños, las niñas y los jóvenes bolivianos entre los cinco y 17 años –casi 850.000– participa en algún tipo de actividad económica” (Fontana y GruGeL, 2016, p.88). Son muchas las familias que requieren del trabajo de niñas, niños o adolescentes, para el sustento de estas. Lo que implica empleo informal y ausencia de protección jurídica laboral para todos ellos.

Diane BE (2016) indicó que el fundamento manifestado para la reducción a la edad mínima para trabajar fue que el trabajo infantil en Bolivia aparece como un mal necesario para superar la pobreza extrema en el país. Por medio del trabajo, los niños llegan a satisfacer sus necesidades y las de sus familias.

UNATSBO manifestó que lo que quieren es una organización nacional que refleje la política de Bolivia en virtud de la realidad. Es por eso que no se quiere la erradicación del trabajo, sino que, por el contrario, sea valorado como una contribución al país (Fontana y GruGeL, 2016).

Antonio Casas, educador de la ONG *Save the Children*, manifestó en una entrevista del periódico *El Diario* (2014) que las niñas y niños se encuentran en la necesidad de trabajar, por las situaciones socioeconómicas y familiares para sustentar al menos las necesidades básicas. Asimismo, el periódico *La Razón* (2014), en su versión digital, publicó que la reducción de la edad mínima para trabajar espera erradicar la pobreza extrema.

Como consecuencia de la presión generada por estas posiciones, el apoyo de muchas autoridades bolivianas –como el presidente del Estado y los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional– y ONG, la ley 548 estableció como edad mínima para trabajar los catorce años, con las excepciones de poder obtener trabajo por cuenta propia a los diez años y por cuenta ajena a los doce años, previa autorización de la Defensoría de la Niñez.

2.2. Doctrina de la protección integral y el interés superior del niño. El instrumento internacional mediante el cual se pronuncia Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes es la CDN, la cual da nacimiento a esta

doctrina. La base de ese reconocimiento, enunciado en su preámbulo, es la necesidad de proporcionar protección especial con el interés del bienestar del niño.

Manifiesta que se trata de niña, niño o adolescente a todo ser humano hasta los dieciocho años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad. Por otra parte, UNICEF (2006) realiza la interpretación de la CDN y explica a qué derecho refiere cada artículo. Por lo tanto, los derechos de la niñez y adolescencia reconocidos por la doctrina de la protección integral del niño son la no discriminación, la aplicación del interés superior del niño, la aplicación de los derechos como obligación del Estado, la responsabilidad, dirección y orientación de padres y madres, la supervivencia y el desarrollo, la opinión del niño, su libertad de expresión, la salud y el acceso a servicios médicos, su educación, esparcimiento, juego y actividades culturales, el trabajo de menores, la protección ante la explotación sexual, la tortura y la privación de libertad y la aplicación de la norma más favorable, entre otros.

Buaiz (2003) conceptualiza la protección integral como aquel conjunto de acciones, políticas, planes y programas que se dictan y ejecutan desde el Estado con prioridad absoluta. Incluye la participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todas las niñas, niños y adolescentes gocen de los derechos humanos a la supervivencia, desarrollo y participación de manera efectiva y sin discriminación. De la misma forma, la atención a las situaciones especiales en que se encuentran las niñas, niños y adolescentes vulnerados en sus derechos.

A partir de esta definición, se diferencian las políticas públicas universales y las políticas especiales. Las primeras están dirigidas a

generar condiciones sociales, económicas y culturales para la satisfacción de los derechos colectivos. En cambio, las segundas se dirigen a atender determinadas situaciones que vulneran grupos determinados, en este caso las niñas, niños y adolescentes (Buaiz, 2003).

Ortiz (2001) citado por Galvis (2009) explica que esta doctrina abarca todos los derechos fundamentales e involucra al universo de niñas, niños y adolescentes sin discriminación como sujetos de derechos plenamente exigibles ante el Estado, la familia y la sociedad. Esto significa una demanda al mundo jurídico, a las políticas gubernamentales y a los movimientos sociales a favor de la niñez y adolescencia. Este reconocimiento significa la transición de la situación irregular de los menores al nuevo paradigma de su protección integral y titularidad de derechos.

Los fundamentos que hacen a la protección integral se clasifican en dos: los principios de reconocimiento de la persona y de su contexto y los principios relacionados con su protección integral.

2.2.1. Principios y características de la doctrina de la protección integral del niño. Galvis (2009) desarrolla los principios de reconocimiento de la persona. Estos reconocen la dignidad, los derechos inalienables en condiciones de igualdad, la titularidad universal de los derechos humanos, el deber de cuidado y asistencia especiales de los Estados, la sociedad y la familia, el derecho a la familia como medio natural de crecimiento y bien estar, la protección y asistencia necesaria para la familia, el deber de ser formado para llevar una vida independiente en sociedad y educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; y, finalmente, la importancia del respeto por las diferentes culturas. Respecto a los principios relacionados a la protección integral, se cuentan a la adopción y la colocación familiar, la apli-

cación de las reglas de Beijín para la justicia juvenil, la protección integral para los niños que viven en circunstancias difíciles y la importancia de la cooperación internacional para el cumplimiento de los fines de la CDN.

Por otra parte, Buaiz (2003) establece los principios básicos de la protección integral, que son la igualdad y no discriminación, el interés superior, la prioridad absoluta y la solidaridad. A continuación el desarrollo de cada uno.

La igualdad o no discriminación. Respecto al ejercicio de los derechos humanos de la niñez y adolescencia y su aplicación dentro de un Estado de derecho. Este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias que generan discriminación y desigualdad.

Interés superior. Adquiere particular relevancia por su precisión y determinación como garantía fundamental de protección y prevención. Va más allá de simple inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, puesto que constituye una limitación a la potestad discrecional de estos entes. Además, es un vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Efectividad y prioridad absoluta. Significa la adopción de medidas o providencias legislativas y administrativas que deben conducir a la efectividad de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Dentro de la CDN se encuentran como medias específicas a tomar respecto a determinados derechos humanos, como la educación y la salud. Este principio constituye la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento de

la CDN y da vida al programa para el desarrollo de las políticas de los derechos humanos de los niños.

Participación solidaria o principio de solidaridad. Se refiere al deber de la comunidad y de los padres de orientar al pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de la niña, niño y adolescente. Es decir, no basta tan solo con el Estado, aunque es el responsable inmediato de estos derechos, pues la sociedad y la familia también se encuentran obligados a la protección de sus derechos y de activar los mecanismos de garantías necesarios.

Esta doctrina propende a mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces, ya sean administrativos o judiciales, y a eliminar las características de la situación irregular del menor, como la situación de riesgo, por ejemplo. Distingue las políticas sociales y penales respecto de los adultos y de las niñas, niños y adolescentes.

2.2.2. Titularidad universal de derechos humanos de la niñez y adolescencia. Galvis (2009) explica que, en virtud de la titularidad universal, son sujetos de derechos humanos. Poseen titularidad pasiva sobre estos derechos, lo que implica que el Estado, la familia y la sociedad tienen el deber de cumplir con las medidas, condiciones, políticas, etc., necesarias para su ejercicio. “La Convención adopta el criterio de que los derechos crecen con los niños y las niñas puesto que los ejercen a medida que avanzan en su desarrollo” (p. 602); es decir que el ejercicio del derecho evoluciona paralelamente a la evolución de las facultades de las niñas, niños y adolescentes.

Continuando con el desarrollo de Galvis (2009), la finalidad de la titularidad pasiva significa hacer exigibles las obligaciones de las familias, de quienes tengan responsabilidad de cuidado, del Estado y de la sociedad. También será garantizar el ejercicio de sus dere-

chos hasta que cumplan la mayoría de edad. Se entiende, por lo tanto, que esta titularidad los hace, por mandato moral y en el marco de la protección integral, objeto de cuidado y alimentación. La titularidad universal establece que todos los derechos tienen la misma naturaleza, que no hay derechos más grandes que otros; sin embargo, no se trata de un determinismo en el ejercicio de los derechos. “Tener derecho al trabajo no quiere decir que los niños y las niñas tienen que trabajar” (p. 604), pues los derechos se ejercen de acuerdo a los proyectos de vida.

Cillero (2010) indica que el principio del interés superior del niño tiene sentido en la medida en que existen derechos, titulares y autoridades limitadas por esos derechos. Pérez (2010) indica que la piedra angular del paradigma de la protección integral es el reconocimiento de toda niña, niño y adolescente como sujeto de derechos y obligaciones. Son sujetos de derecho en situación de adquisición de autonomía progresiva o de ser humano en desarrollo. El fundamento es su naturaleza humana. Al ser personas menores de edad, tienen restringida su capacidad de ejercicio, por lo que se ha proveído de institutos jurídicos de asistencia y de ejercicio de sus derechos por parte de los adultos. Las niñas, niños y adolescentes, con la evolución de sus facultades, adquieren gradualmente la capacidad de ejercicio de sus derechos por sí mismos.

Es así, que la titularidad universal de derechos humanos, se encuentra íntimamente relacionada con la titularidad pasiva de derechos y la autonomía progresiva. La primera hace referencia a ser sujeto de derechos humanos, la segunda significa ser titular de derechos cuyo ejercicio no es responsabilidad de los titulares, sino del Estado, la sociedad y la familia, en virtud de la autonomía progresiva, que

determina que en función a la edad de la niña, niño y adolescente, se adquiere la responsabilidad del ejercicio de sus derechos.

Respecto a la autonomía progresiva de la niñez y adolescencia, denominada así por la doctrina, se manifiesta mediante el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oído y participar en las decisiones que involucren su bienestar personal. Explica Pérez (2010) que no se reduce a que el niño, la niña o el adolescente sea simplemente oído, puesto que no es tan solo a la expresión verbal a lo que el derecho refiere, sino a la participación activa en la toma de decisiones que le conciernen, como por ejemplo, la participación en un proceso judicial. Sin embargo, existen criterios de valoración y ponderación puesto que su voluntad puede ser contraria a su interés superior. Por lo tanto, el peso de la participación en la toma de decisiones respecto a sus derechos, depende de la madurez y edad de la niña, niño o adolescente.

2.2.3. Principio del interés superior del niño. Los derechos humanos, reconocidos como derechos fundamentales dentro de la Constitución Política del Estado de cada país, constituyen lo que el principio denomina interés superior. Es decir, el interés superior se refiere a la satisfacción en conjunto de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, significa en determinadas circunstancias dar preferencia a la satisfacción de un derecho humano, cuando la satisfacción conjunta de sus derechos o frente a derechos de terceros no sea viable.

Cillero (1999) lo refiere como un principio jurídico garantista y un deber para las autoridades públicas y privadas de tomar decisiones en favor del bienestar social de las niñas, niños y adolescentes, a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales. Zermatten (2003) sostiene que el principio del interés superior debe

interpretarse en conjunto con la igualdad y el derecho a la participación, estableciéndose una medida a sus derechos. El autor explica que no es lo mismo que el bienestar, puesto que el interés superior es el instrumento jurídico para alcanzar un Estado idealizado que sistemáticamente garantice el interés del niño.

El autor también indica que sus funciones son el control, para velar que el ejercicio de derechos y obligaciones sea correctamente efectuado, y la directriz de solución para la toma de decisiones favorables a la niñez y adolescencia. De igual manera, desarrolla sus características explicando que no se trata de un derecho subjetivo, sino más bien de un principio garantista de interpretación que debe ser aplicado en todas las formas de intervención relacionadas con la niñez y la adolescencia y que es acompañado de todo el cuerpo que compone la CDN, en especial la no discriminación y la participación. Otra característica suya es que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica en sus diferentes manifestaciones, como las reglas de aplicación o la jurisprudencia.

El autor explica que el interés superior del niño es relativo al tiempo y al espacio, puesto que tiene en cuenta las normas vigentes, regiones determinadas, etc. Por otra parte, el principio del interés superior tiene una perspectiva a largo plazo y evolutiva que privilegia una visión a futuro en el marco de los continuos avances del conocimiento. Finalmente, se caracteriza por la subjetividad de los criterios que la rigen, ya sean colectivos o personales. El primero refiere a lo que una sociedad considera que es correcto para la niñez y adolescencia, y el segundo se manifiesta en tres esferas diferentes, la de los padres, la de los jueces y la de los mismos niños, niñas y adolescentes.

D'Antonio (2010) desarrolla un concepto del principio del interés superior del niño centrado en la preeminencia de un derecho subjetivo frente a otros que puedan menoscabarlo o desvirtuarlo o respecto de normas y disposiciones de las que pueda resultar tal situación. De manera complementaria, Alegre, Hernández y Roger (2014) explican que el principio del interés superior del niño es una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la CDN. “La supremacía del interés del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistémica” (p. 5). Es decir, el objetivo es la satisfacción de todos los derechos sin limitación; sin embargo, el principio también tiene la función de dar prioridad a aquellos de mayor jerarquía en las circunstancias en las que la satisfacción de otros derechos signifique su vulneración.

Bajo la misma directriz, Cillero (1999) desarrolla su función interpretativa y ponderativa, e indica, citando a Parker (s.a.), que permite llenar vacíos legales. La función de interpretación es realizada de manera sistemática y holística para todos los derechos de la niñez y adolescencia y la CDN. La ponderación, por su parte, es usada para la solución de colisión de derechos humanos y contraposición de intereses. Delpiano (s.a.) se refiere al principio del interés superior desde tres diferentes perspectivas, por un lado como regulador de la norma, referente a los derechos de la niñez y adolescencia, por otro lado como norma de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y, finalmente, como límite a la discrecionalidad del Estado y particulares en la elaboración de políticas públicas y decisiones que afecten a las niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, Ravetllat (2012) indica que el principio del interés superior del niño constituye una cláusula general y que el criterio

que se debe usar a momento de interpretación, ponderación o aplicación del principio es que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, dignos de atención, promoción, provisión y protección. Mientras que Lora (2006) indica que el interés superior se refiere a necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño, mismas que se traducen en derechos que son incorporados en instrumentos internacionales de derechos humanos, constituciones y legislaciones nacionales.

Mientras que Freedman (s.a.) citado por López (2015) indica que el deber del Estado -como consecuencia de la naturaleza jurídico garantista del principio del interés superior- implica hacer efectivos los derechos de la niñez y adolescencia. El autor explica que a partir de la CDN existe, como él denomina, un núcleo duro de derechos de la niñez y adolescencia que no tienen limitación y que, por lo tanto, prevalecen ante otros derechos. Estos son los derechos a la vida, nacionalidad, identidad, libertad de pensamiento y conciencia, salud, educación, nivel de vida adecuado, realizar actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y procesal.

Por otra parte, López (2013) explica que para establecer el interés superior del niño es necesario estudiar y considerar el caso en concreto. Para alcanzar el bienestar en general es indispensable considerar tres elementos: la capacidad de las niñas, niños y adolescentes, su entorno familiar y social y la predictibilidad. El primer elemento refiere a la facultad de toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos y definición de sus deseos, en virtud de su grado de desarrollo intelectual y emocional. El segundo elemento tiene por objetivo su desarrollo pleno por lo que toma en cuenta el en-

torno familiar y social que esté más acorde a su convivencia, donde destacan tres características esenciales: a) velar por una vida larga, saludable y afectiva; b) velar por adquirir conocimientos y c) tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso. El tercer elemento hace referencia a tratar de predecir en el caso en concreto su situación o condición futura para alcanzar su mejor desarrollo integral.

La CDN, que dio nacimiento a la protección integral del niño, establece que los derechos protegidos ante el desempeño de actividades laborales, son el derecho a la educación, a la salud y al desarrollo.

2.2.4. Derecho a la educación. Hernández (1974) manifiesta que el fundamento de todo ordenamiento jurídico respecto a la educación se basa en el derecho de la persona a adquirir y desarrollar integralmente su educación. Éste es un derecho natural, innato, prioritario e irrenunciable.

Llopis (2011), citando a Torres (s.a.), expresa que “el derecho a la educación es, esencialmente, derecho al aprendizaje. Y el derecho al aprendizaje es, fundamentalmente, derecho a la comprensión de los fenómenos para poder interactuar con ellos y modificarlos” (p. 38).

La opinión consultiva 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos párrafo 86, expresó que:

La educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

La educación es el conjunto de herramientas cognoscitivas, diseñadas a través de metodologías y sistemas didácticos, que tienen la función de generar en los individuos sujetos a aprender, la transmisión de valores y conocimientos necesarios para obtener un cambio cualitativo en el orden individual, capaz de tener como meta colectiva una clara incidencia en el desarrollo de la sociedad (Chacón, 2005, p. 5).

“La educación constituye un instrumento indispensable para que la humanidad pueda progresar hacia los ideales de paz, libertad y justicia social” (Delors, 1996, p. 7). El autor explica que la educación tiene la tarea de conceder a todos, sin lugar a excepción, el desarrollo de todos sus talentos y capacidades de creación, lo que significa que cada persona pueda responsabilizarse de sí misma y realizar su proyecto personal.

El contenido esencial del derecho a la educación “es el acceso a las enseñanzas regladas que integran el sistema educativo, y la permanencia en los centros de enseñanza si se cumplen ciertos requisitos” (Díaz, 1998, p. 281). Forman parte suya el derecho a una valoración objetiva del rendimiento escolar, recibir educación en una lengua comprensible y la gratuidad en el nivel básico.

La educación es uno de los factores centrales de la continuidad y cambio del desarrollo humano, porque es capaz de generar espacios públicos deliberativos, en donde las personas actúen como iguales y en función del desarrollo de todos, especialmente de los más pobres y excluidos (PUND, 2004). La educación es un elemento esencial para cumplir la meta de desarrollo humano, que le corresponde a cada persona por derecho propio. Lograr que todas las niñas y niños asistan a la escuela es símbo-

lo de esperanza de acabar con la transmisión de pobreza de generación en generación (PUND, 2005).

Por otra parte, la CDN establece que todos los Estados parte reconocen el derecho a la educación, cuyo fin es su ejercicio progresivo y en condiciones de igualdad. El deber de los Estados parte radica en implantar la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos, fomentar el desarrollo en sus distintas formas, hacer que todos los niños, niñas y adolescentes dispongan de y tengan acceso a la información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales, y adoptar medidas que fomenten la asistencia regular a las escuelas reduciendo las tasas de deserción escolar. Consiguientemente, establece que la educación deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, inculcar el respeto a los derechos humanos por sus padres y su propia identidad cultural, preparar al niño, niña y adolescente para asumir una vida responsable en una sociedad libre.

La observación general 13 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales párrafo 1 expresa sobre el derecho a la educación que:

Es un derecho humano intrínseco y medio indispensable para realizar otros derechos humanos. Como el derecho al ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados, económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, trabajo peligroso y explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las

mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensa humana.

Establece además, respecto a éste derecho, la obligación del Estado en tres niveles: i) respetar; ii) proteger y; iii) cumplir. Esta última se divide en dos obligaciones: a) facilitar y b) proveer.

La sentencia constitucional 0331/2007-R de 26 de abril de 2007 señala que el derecho a la educación es susceptible de limitaciones, a pesar de ser un derecho fundamental, puesto que no es absoluto (Claros, Zambrana, & Bayá, s.a.). Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia manifiesta, respecto a las limitantes del derecho a la educación, que estas no pueden afectar su núcleo esencial. Mediante sentencia T-994-00, denominando al último como:

El ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica coyuntura política. En el caso del derecho a la educación, no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona.

De igual forma, la sentencia T-881-00 expresa el derecho a la educación como presupuesto para el ejercicio de otros derechos, principios y valores constitucionales reconocidos. Éste infiere en los derechos humanos relativos a la elección de una profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de oportunidades en materia educativa.

El Centro de estudios constitucionales de Bolivia realiza un análisis al artículo 17 de la Constitución Política del Estado que establece el derecho a recibir educación. Determina que en virtud del artículo 77 de la norma suprema, la educación se torna en un derecho de prestación positiva, de manera que el Estado se compromete a sostener, garantizar y gestionar el derecho. “La educación es una actividad eminentemente social, principalmente intergeneracional, que tiene como fin constituir al individuo social, es el mecanismo por excelencia a través del cual la sociedad forma al individuo social” (2012, p. 100). Asimismo, señala las características de este derecho que se plasman en el texto constitucional: universalidad, productividad, gratuidad, integralidad, interculturalidad y no discriminación.

De esta manera, el derecho a la educación hace referencia al acceso y recepción del conocimiento, la ciencia y la cultura. Se funda en la dignidad humana y tiene por objetivos el desarrollo humano.

Andraca (1997) indica que las niñas, niños y adolescentes cuyo estudio se encuentra combinado con el trabajo, presentan mayores tasas de reprobación y rezago escolar. De esa forma, el cansancio y agotamiento con el que asisten a clases después de largas jornadas de trabajo –muchas veces en situaciones precarias e insalubres– constituye, con el paso del tiempo, un obstáculo para permanecer en la escuela, produciendo deserción. La baja calidad en la oferta educativa, sus costos directos e indirectos, la adecuación de los horarios y calendarios escolares a los ciclos productivos, la inadecuada formación de docentes y las bajas expectativas que estos depositan en sus alumnos influyen en la opción del trabajo frente a la educación. El ejercicio de una actividad laboral a temprana edad es efecto de que niñas, niños y adolescentes no cuentan con las posibilidades de acumular capital de conocimientos,

lo que posibilitaría superar la pobreza en su vida adulta. La investigación sugiere que el trabajo infantil limita el acceso, asistencia, progreso y rendimiento educativo, basado en la OIT (2005), por otra parte, añade que provoca el rezago y abandono escolar (En Telefónica Fundación, 2014).

Una investigación realizada por Ray y Lancaster (2005) respecto a los efectos del trabajo infantil en la escolaridad, obtiene como conclusión que el trabajo infantil -aunque dure pocas horas- es nocivo para el desenvolvimiento de la educación de los niños, puesto que va en detrimento de la tasa de asistencia escolar y del tiempo de escolaridad. Por otra parte, las horas de trabajo acrecientan de manera significativa la tasa de abandono escolar de los niños.

2.2.5. Derecho a la salud. La organización mundial de la salud explica en el preámbulo de su constitución que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Constituye un derecho fundamental del ser humano y se construye en el principio de no discriminación. La salud de todos los pueblos es condición fundamental para obtener paz y seguridad, las cuales dependen de la cooperación de las personas y los Estados. La desigualdad respecto al fomento de la salud y control de las enfermedades afecta a todos. Asimismo, el desarrollo saludable de las niñas, niños y adolescentes es de importancia fundamental. La capacidad de vivir en armonía es indispensable en un mundo de constantes cambios.

El derecho a la salud abarca una amplia gama de factores económicos, sociales y culturales que permiten a los seres humanos un desarrollo pleno de su calidad de vida en distintos niveles que sobrepasan lo físico hasta llegar a lo psicológico y afectivo, tener

una vida sana en el marco del vivir bien (Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 115).

El Centro de Estudios Constitucionales (2012) desarrolla los instrumentos internacionales que reconocieron el derecho a la salud. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el nivel de vida adecuado, que está compuesto por el derecho a la salud, bienestar, alimentación, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios. Por otra parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se determina que el derecho a la salud es el disfrute de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas se pronuncia mediante la observación general 14, desarrollando el derecho a la salud y explicando que se constituye por libertades y derechos. En cuanto a las primeras, se refiere al derecho de la persona a controlar su salud y su cuerpo, y a no padecer injerencias. Respecto a los derechos que hacen al derecho a la salud, hace referencia a un sistema de protección a la salud que otorgue a las personas igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel de salud.

El sistema interamericano recoge, en el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 10, que el derecho a la salud es concebido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, donde se reflejan las dimensiones que componen este derecho.

“El derecho a la salud es un derecho esencial para el desarrollo de la vida, el mismo se encuentra concebido en un mínimo vital para la vida, es decir, es un derecho fundamentalísimo” (Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 118). Acorde a lo establecido en

la Constitución, la salud está íntimamente relacionada no solamente con el derecho a la vida, sino con el vivir bien, además reconoce como fin y función suprema del Estado el acceso a la salud (art. 9). De la misma forma establece que el acceso a la salud no puede ser limitado. Por otra parte, en su artículo 60 determina la prioridad del acceso a la salud por parte de las niñas, niños y adolescentes.

El derecho a la salud se caracteriza por ser: universal, gratuito, equitativo, intracultural e intercultural, permite participación y control social y debe poseer calidad y calidez. Se sustenta sobre tres principios: solidaridad, eficacia y corresponsabilidad.

Naciones Unidas establece los elementos esenciales al derecho a la salud. Estos son la disponibilidad, entendida como la cantidad suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, centros de atención de salud y programas. La accesibilidad, referida a la posibilidad que tiene una persona de obtener prestación de servicios en materia de salud bajo el principio de no discriminación, sin limitación económica ni restricción de la información. Se compone por cuatro tipos de accesibilidad: física, económica, a la información y la no discriminación. La aceptabilidad, en virtud de la posibilidad que tiene cada persona de elegir la forma en la que maneja su salud. Finalmente, la calidad como elemento esencial del derecho a la salud, que desde el punto de vista científico y médico corresponde a las buenas condiciones de calidad que deben tener los establecimientos, personal de trabajo, bienes y servicios respecto a la salud (Claros, Zambrana, & Bayá, s.a.).

La observación general 14 párrafo 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Interamericano establece que el derecho a la salud está relacionado con otros dere-

chos. Estos son: alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, vida, no discriminación, igualdad, no ser sometido a torturas, vida privada, acceso a la información, libertad de asociación, reunión y circulación.

Respecto a las niñas, niños y adolescentes determina que existe la necesidad de adoptar medidas que reduzcan la mortalidad infantil y la mortinatalidad, promoviendo su sano desarrollo. Ellos tienen derecho al más alto nivel de disfrute de salud, como el acceso a centros de tratamiento de enfermedades. En su párrafo 22 hace hincapié en el principio de no discriminación y en su párrafo 24 determina que “la consideración primordial de todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”.

La Mesa Intersectorial de Antioquia por la Salud como derecho fundamental (MIAS) otorga el siguiente concepto de salud:

Facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable (2012, p. 57).

Vélez escribió el artículo titulado *Nuevas Dimensiones del Derecho de Salud: El Derecho de Salud en el Estado Social de Derecho* (2007), donde desarrolla el concepto de derecho a la salud en

diferentes dimensiones. La primera dimensión se refiere al mínimo vital, el cual es considerado como una condición para la realización de la dignidad humana en un Estado social de derecho. Basado en el criterio de jurisprudencia alemana, el hombre debe ser considerado como una unidad inescindible de cuerpo, alma, espíritu en el que son inseparables las condiciones mínimas materiales respecto de su dignidad.

La segunda dimensión es el derecho a la salud conexo a la vida y la vida digna. Sobre la base de la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es conceptualizado como la facultad que tiene todo ser humano de mantener y restablecer, en caso necesario, una normalidad orgánica, funcional, física y de operatividad mental.

La tercera dimensión es el concepto de salud como parte del conjunto de capacidades. El concepto es desarrollado por Amartya Sen y Martha Nussbaum citados por Vélez (2007). Implica la necesidad de bienestar de las personas a su derecho de vida digna y el acceso a servicios básicos. Se refiere al fortalecimiento y disfrute del conjunto de capacidades de las personas, permitiéndoles su realización plena sin la intervención de obstáculos generados por condiciones económicas, sociales o culturales.

Por otra parte, desarrolla las capacidades básicas para el derecho de salud. Estas son: a) vida, referida a la capacidad de vivir dentro de la duración normal de una vida humana, es decir, no morir prematuramente. b) Buena salud corporal y reproductiva junto a una adecuada alimentación y resguardo. c) Integridad corporal y seguridad ante agresiones de violencia. d) Sentidos, imaginación y pensamiento de forma informada y cultivada por una educación adecuada, lo que incluye alfabetización, conocimiento matemático y científico

básicos. e) Emociones, haciendo referencia a no ver obstaculizado el desarrollo emocional. f) Razón práctica o capacidad de involucramiento en una reflexión crítica respecto al planteamiento de la propia vida. g) Afiliación, como la capacidad para vivir con otros y ante otros con el objetivo de involucrarse en la interacción social y contar con las bases sociales para el autoestima y contra la humillación. Refiere otras amplias especies de capacidades, entre las que se encuentran el derecho a buscar empleo sobre bases de igualdad y estar capacitado para trabajar como ser humano.

Por lo tanto, indica que el derecho a la salud se encuentra directamente relacionado al derecho a la vida e implica el bienestar físico, mental y social.

2.2.6. Derecho al desarrollo. En general, el derecho al desarrollo se lo entiende de manera limitada hacia las dimensiones económicas, políticas y sociales; sin embargo, tiene alcances a los aspectos culturales, espirituales y subjetivos de cada individuo, con el objetivo que la persona sea capaz de obrar y pueda ejercer por sí misma sus derechos (Ángulo, 2005, p. 79).

El derecho al desarrollo, como derecho humano individual, consiste en el derecho en hacer posible el desarrollo integral de toda persona humana como individuo autónomo y libre no solo en su faceta económico material, sino también social cultural y espiritual. Se trata pues del derecho de toda persona humana del pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades, así como una vida libre y digna en la comunidad donde convive e interactúa con otros individuos (Ángulo, 2005, p. 177).

La infancia es el tiempo determinado de la vida de una persona que debe ser dedicado a su educación y desarrollo personal. Este

derecho significa la oportunidad que tiene cada niña, niño y adolescente a desarrollarse física, mental y moralmente, dentro de todo su potencial. Esto debe suceder antes de entrar a la vida activa y a partir del establecimiento de una edad mínima para trabajar. Así lo expresa, en virtud a uno de los principios de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT – abolición del trabajo infantil- el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social (s.a.).

UNICEF (2009) establece la responsabilidad de inversión en los derechos de la niñez, debido a que la pobreza, desnutrición y otros factores impiden el pleno desarrollo de las capacidades de las niñas, niños y adolescentes. El derecho a la supervivencia y desarrollo tiene relación con el disfrute de la salud, la disposición de servicios sanitarios, un nivel de vida adecuado, la nutrición, el suministro de agua, el saneamiento e higiene, la salud medioambiental, el aprendizaje temprano, la estimulación, la educación, el ocio, las actividades culturales, la orientación y el cuidado familiar. UNICEF, entre otras organizaciones, promovió la supervivencia infantil como el indicador del desarrollo infantil por excelencia.

La Observación General 5 de las Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el Comité espera que los Estados interpreten el término desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Por lo tanto, las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños y en todos los aspectos.

La Constitución Política de Ecuador en su artículo 44 contiene una definición de desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes:

El proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

El Ministerio de Inclusión y Economía Social del Ecuador (2013) expone los derechos que componen el derecho al desarrollo. Estos son los derechos a la identidad, a un nombre, a la nacionalidad, a las relaciones de familia, a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar la identidad cultural, a los valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales; a la identificación, educación, prohibición de sanciones físicas y psicológicas que atenten contra la dignidad de las niñas, niños y adolescentes, a la prohibición de exclusión por discriminación, a la vida cultural, a la información, a la recreación, descanso, deporte y práctica de juegos.

Cillero (2011) establece que le corresponde al Estado y a la familia no sólo apoyar, sino proteger el desarrollo de la niña, niño y adolescente, de manera que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos. Es así que la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos constituye un elemento esencial para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción de su desarrollo integral. Por lo tanto, el desarrollo integral exige protección social y jurídica, igualitaria, integral y efectiva.

López (2013) establece que la capacidad natural de actuación de niñas, niños y adolescentes puede determinarse a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, lo que les permite decidir de manera libre. De esta manera, el desarrollo integral contiene también el acrecentamiento y aprovechamiento inteligente y ético

de sus capacidades. Explica el autor que se logra así el acceso a la libertad, seguridad, integridad, igualdad, educación, salud, disfrute, amor, comprensión, medio ambiente sano, al saber, a participar en la vida de la comunidad en los procesos de toma de decisiones y a gozar de las libertades humanas, económicas y políticas.

Prieto (2012) escribe respecto al derecho al desarrollo en base a la doctrina de la protección integral del niño. Partiendo de la idea del desarrollo humano y la atención integral de las niñas, niños y adolescentes, indica que la doctrina se sustenta en la teoría del desarrollo humano. Ella establece la directriz para el funcionamiento de los mecanismos de su operacionalización y encuentra su fundamento en el aumento de las opciones y oportunidades que tienen las personas dentro de la sociedad, así como el nivel de bienestar que obtienen. Esto, además, está basado en lo que establece el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). La autora lo explica a través de tres elementos: a) vivir una vida larga y saludable; b) adquirir conocimientos; y, c) acceso a los recursos necesarios para tener un nivel de vida digno.

El derecho al desarrollo se compone por otros derechos reconocidos a la niñez y adolescencia. UNICEF (2003) los enumera de la siguiente forma: a) derecho a una educación que desarrolle todas las potencialidades; b) derecho a tener una vida cultural propia, religión e idioma para todos los niños que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; c) derecho a descansar, jugar y tener acceso a la cultura; d) derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de su crianza y desarrollo; y, e) derecho al acceso a la información y a material que promueva el bienestar social y la salud física y mental.

La CDN expresa en su artículo 6 que los Estados Partes reconocen que todo niño – niña y adolescente- tiene derecho intrínseco a la vida y que se garantizará, en la máxima medida posible, su supervivencia y desarrollo. Posteriormente, en su artículo 27 indica que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Este mismo artículo sostiene que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo, ordenando que los Estados Partes, respecto a las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adopten las medidas apropiadas para ayudarles a dar efectividad a este derecho. En caso necesario se plantea proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a nutrición, vestuario y vivienda. También se consideró la necesidad de tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres o responsables del niño, incluso cuando residan en el extranjero.

Por su parte, el artículo 28 establece que los Estados Partes reconocen el derecho a la educación. A fin que este derecho se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, deberán fomentar el desarrollo y acceso de la enseñanza secundaria, general y profesional. En caso necesario, deberán adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera.

Hernández, Peña y Rubiano (2005) citan a UNICEF para explicar los riesgos del trabajo infantil respecto al derecho al desarrollo. El riesgo abarca cuatro dimensiones: a) desarrollo físico que incluye la

salud, coordinación, resistencia, visión y audición; b) desarrollo cognitivo, es decir, alfabetización, cálculo numérico y adquisición de conocimientos necesarios para la vida ordinaria; c) desarrollo emocional, entendido como la autoestima, afectividad familiar, sentimientos de aceptación y de amor; d) desarrollo social y moral, que consiste en el sentido de identidad grupal, la habilidad de cooperar con otros y además la capacidad de distinguir el bien del mal.

2.2.7. Derecho de trabajo. “La doctrina constitucional establece que el trabajo es la actividad humana en la que la persona compromete esfuerzo intelectual y/o manual para lograr la conservación y el bienestar material suyo, de su familia, de la sociedad y el Estado” (Claros, Zambrana y Bayá, s.a., p. 303). Por otra parte, la doctrina americana establece que el trabajo es “la condición primera para la conservación y el bienestar de la vida individual y social”. Explican los autores que constituye una actividad de subsistencia.

Celi (2012) explica lo que concierne a la subsistencia. Constituye un derecho fundamental, que no fue reconocido taxativamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que sin embargo, la interpretación jurisprudencial de los mismos, dentro del marco de un Estado social de derecho, le dio el carácter de derecho fundamental. Así, la sentencia T-426/1992 de la Corte Constitucional de Colombia señala:

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario- es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

La autora cita al Tribunal Constitucional español en su Sentencia 13/1989: FJ 3 y también al Tribunal Constitucional de Perú Exp. 1417-2005-aa/TC; quienes fundamentaron el mínimo vital en la existencia digna de la persona. También cita a la Defensoría del Pueblo de Colombia, en su Observatorio de Justicia Constitucional. Aquí se incluye un concepto del derecho al mínimo vital de la siguiente manera:

Es un derecho fundamental no consagrado expresamente en la Carta, pero que se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución y de los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente.

Finalmente, Celi (2012) explica que existen distintas expresiones económicas de un derecho mínimo de subsistencia, así por ejemplo la renta mínima -citando a la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social- que consiste en una prestación económica otorgada por las autoridades públicas a aquellas personas que no tengan otro acceso a recursos suficientes para gozar de una vida digna.

Claros, Zambrana y Bayá (s.a.) explican que el trabajo como derecho tiene dos dimensiones: la primera es derecho a trabajar, entendido como la potestad del hombre de acceder a un trabajo de acuerdo a las oportunidades generadas. Bajo este entendido, el Estado tiene el deber de establecer mecanismos que garanticen la igualdad de oportunidades. La segunda dimensión son los derechos en el

trabajo, como el conjunto de condiciones, calidad o circunstancias que garantizan al trabajador un trato digno y equitativo.

Algunos autores diferencian entre derecho al trabajo y derecho de trabajo. El primero es entendiendo como “aquella facultad de poder exigir de otro un trabajo económicamente considerado, que en última instancia va a exigírsele al Estado” (Richter, 2013, p. 89). El segundo refiere a la “facultad inviolable de desenvolver la propia actividad cuantas veces se quiera o se pueda, de tener un trabajo que ya una vez conseguido debe ser respetado y amparado por todos pero muy especialmente por el Estado” (Richter, 2013, p. 89).

Finalmente, sostiene en el aspecto jurídico y de acuerdo a lo manifestado, que el reconocimiento de derechos y deberes de las relaciones laborales tiene total coherencia. De esta manera, destaca la vinculación entre lo jurídico y lo económico, bajo el entendido de que el aspecto social del desarrollo consiste en adecuar el goce de los derechos a las posibilidades reales, en especial las que tienen una incidencia económica directa.

Los tipos de trabajo son dos: autónomo y dependiente –excluyendo acciones gratuitas-. Las modalidades de trabajo existentes son forzosas y ligeras. Las primeras, fueron conocidas como la servidumbre y la esclavitud en la antigüedad; sin embargo, en la actualidad son actividades excluidas del campo del derecho del trabajo.

Respecto al derecho al trabajo, como una rama jurídica, posee tres dimensiones: normas, conductas humanas y finalidad.

Lo que intenta la ley es asegurar que la convivencia entre los seres humanos –que responde a una característica constitutiva suya, pues no se los puede concebir viviendo en la soledad- se desarrolle de manera tal que permita a cada uno la posibilidad de desarrollarse

según el orden de su naturaleza (no como objeto), a fin que pueda alcanzar el cumplimiento de su vocación (Vázquez, 2008, p. 99).

La finalidad de la norma es proteger a la parte más débil de la relación laboral, es decir, al trabajador, con el objeto de equilibrar la relación. De ahí nace el principio fundamental del derecho al trabajo que es la protección del trabajador.

La Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, pues es esencial para la realización de otros derechos humanos. Asimismo, es inherente a la dignidad humana ya que “Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad” (párr. 1). El trabajo sirve a la supervivencia y contribuye a la comunidad.

Los elementos pertenecientes al derecho al trabajo son la disponibilidad, que establece que los Estados deben contar con servicios especializados cuya función sea otorgar colaboración y apoyo a las personas para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él; y la accesibilidad, puesto que el trabajo debe ser accesible a todas las personas que estén dentro de la jurisdicción de un Estado. A su vez, posee tres dimensiones: a) no discriminación para la obtención y permanencia en un empleo; b) accesibilidad física; y, c) derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios, para así obtener acceso al empleo. La calidad, donde se presentan varias dimensiones entre las que se encuentran el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables, derecho a constituir sindicatos y a elegir y aceptar de manera libre un empleo.

Trabajo infantil. Surge de la necesidad de proteger a las niñas, niños y adolescentes de la explotación económica, como lo explica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ob-

servación General 14. El objetivo es permitirles aspirar a un pleno desarrollo y de esa forma adquirir formación técnica y profesional.

Casen (1996), citado por Maureira (2002), define el trabajo infantil como “cualquier actividad regular y ocasional que realicen los niños entre seis y catorce años y que les reporte un ingreso o beneficio económico personal o para su familia, el que puede ser en dinero o en especie” (p. 115). Explica el autor que el supuesto básico es que esa actividad laboral depende de las características socioeconómicas de las familias, y de las características específicas del contexto de la economía regional y nacional. De esa manera, determinan la forma, oportunidad y características específicas que asume el trabajo infantil.

Gajardo y Andraca (1988), citados por Velasco, definen al trabajo infantil como:

Conjunto de actividades realizadas por los niños y niñas en edad obligatoria de estar en la escuela, pudiendo éstas realizarse en el ámbito doméstico o no y significar o no una contribución económica para sí mismos o para el núcleo familiar (Velasco, 2010, p. 256).

Díaz y Rodríguez (1998) exponen que existen dos corrientes al respecto; la liberal, que permite de cierta manera el trabajo infantil, y la proteccionista, que trata de erradicarlo. La primera establece que no se eliminará el trabajo infantil, hasta que los países no se desarrollen. La segunda estipula lo contrario, explica que UNICEF manifiesta que ese postulado es un mito, bajo el entendido que el trabajo infantil regenera la pobreza y no conlleva al desarrollo de un país. Establece que una medida esencial para la erradicación del trabajo infantil es la fijación de la edad mínima para trabajar y asegurarse

que la misma coincida con la culminación de la enseñanza escolar obligatoria. El postulado se basa en el análisis de las condiciones generales laborales del trabajo infantil, entre las que sobresalen las largas jornadas de trabajo, la generación de estrés físico, social o psicológico, los salarios bajos y la demasiada responsabilidad.

Rausky (2009) indica que la visión que protege el trabajo infantil reivindica la importancia del entorno cultural respecto a los roles de las niñas, niños y adolescentes, así como el valor y significado que tiene el trabajo en diferentes sociedades. También argumenta que ellos trabajan para sobrevivir. En este punto, coincide con los liberales debido a que ambos reconocen la relación con la pobreza.

Velasco (2010), citando a López, describe que el trabajo infantil puede ser grave o menos grave, entendiendo al primero como trabajo a tiempo completo en condiciones insalubres, y al segundo como el trabajo durante algunas horas al día en sectores que no perjudican su salud o crecimiento. De igual manera, cita los elementos establecidos por UNICEF para considerar una actividad humana como trabajo infantil. El elemento esencial es la edad temprana en la que se desarrolla la actividad, los otros son la dedicación exclusiva al trabajo, la intensidad y duración de la jornada laboral, el estrés físico, social o psicológico, el salario inadecuado, la asunción de demasiadas responsabilidades, el impedimento del acceso a la escolaridad, el hecho de que el trabajo disminuya la dignidad y autoestima, y el impedimento de un pleno desarrollo social y psicológico.

Prieto (2012) cita el IV Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica (2004) que establece que la pobreza atenta contra el desarrollo óptimo de los niños, niñas y adolescentes, pues tiene como consecuencia el trabajo infantil para complementar el ingreso familiar.

De esa manera, más que un fundamento cultural, el trabajo infantil encuentra su razón de ser en la supervivencia de las niñas, niños y adolescentes, así como su entorno familiar y social. Se desarrolla por debajo de la edad mínima para trabajar –establecida por la OIT a los catorce años, excepcionalmente para países en vías de desarrollo y por Bolivia, incumpliendo con el respectivo instrumento internacional, a los diez y doce años excepcionalmente- y atenta contra el derecho a la salud, al desarrollo y a la educación.

3. Legislación nacional

3.1. Principio del interés superior del niño. En la Constitución Política del Estado de 2009 en su título II (derechos fundamentales y garantías), capítulo V (derechos sociales y económicos), sección V están los derechos a la niñez, adolescencia y juventud. Su artículo 60 establece que:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior del niño, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

Su artículo 61 determina que “se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad”. La Defensoría del Pueblo explica que consiste en un postulado de protección de la niñez y adolescencia respecto del trabajo infantil: “ninguna persona debe ser obligada a trabajar, ni ser explotada” (s.a., p. 7).

La Ley 603 del Código de las Familias, reconoce el principio de interés superior en su artículo 220:

Por el que las autoridades judiciales al adoptar toda decisión, disposición o acción jurisdiccional en la que se involucre una niña, niño o adolescente, se guiarán en interés de éstos, precautelando sus derechos, con preeminencia, primacía y prioridad con relación a los demás sujetos.

La Ley 548 del Código Niña, Niño y Adolescente se constituye en la ley especial boliviana que contiene los derechos de la niñez y adolescencia amparados por los derechos humanos, reconocidos y contenidos dentro de la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Expresa en su presentación:

El Código tiene por objeto reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando un Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y Adolescente, para la garantía de esos derechos mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad.

El desafío es garantizar que cada niña, niño y adolescente boliviano pueda ejercer plena y efectivamente sus derechos, para que pueda desarrollarse integralmente y exigir su cumplimiento.

Este nuevo instrumento legal se basa en once principios: interés superior, prioridad absoluta, igualdad y no discriminación, equidad de género, participación, diversidad cultural, desarrollo integral, corresponsabilidad, rol de la familia, ejercicio progresivo de derechos y especialidad.

El Código se enmarca en los instrumentos internacionales que fueron ratificados por el Estado boliviano, pero también se basa en un análisis de la situación real y los desafíos del día a día de la

infancia, niñez y adolescencia boliviana, en el marco de la cultura y valores ancestrales.

Establece en su artículo 12.a) al interés superior como principio fundamental e indica que se trata de toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior en situaciones concretas se debe apreciar su opinión y la de la persona a cargo –padres, tutores, etc.-, la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes, su condición específica como persona en desarrollo, y la necesidad de equilibrio de sus derechos y garantías con los derechos de las demás personas. Establece en su artículo 9 que “las normas de este Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, cuando éstos sean más favorables”.

3.2. Derecho a la educación. La Constitución ordena que “Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación” (art. 17), que “La educación constituye una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla” (art. 77.I); que “La educación es obligatoria hasta el bachillerato” (art. 81), que “I. El Estado garantizará el acceso a la educación y la permanencia de todas las ciudadanas y los ciudadanos en condiciones de plena igualdad. II. El Estado apoyará con prioridad a los estudiantes con menos posibilidades económicas para que accedan a los diferentes niveles del sistema educativo, mediante recursos económicos, programas de alimentación, vestimenta, transporte, material escolar; y en las áreas dispersas, con

residencias estudiantiles, de acuerdo a ley” (art. 82); y que “El Estado y la sociedad tienen el deber de erradicar el analfabetismo a través de programas acordes con la realidad cultural y lingüística de la población” (art. 84).

El art. 115.I del CNNA contempla que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación gratuita, integral y de calidad, dirigida al pleno desarrollo de su personalidad, aptitudes, capacidades físicas y mentales”.

La Ley 070 de la Educación Avelino Siñani-Elizardo Pérez, desarrolla el derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes bolivianos. Establece que todas las personas tienen derecho a recibir educación en todos los niveles, que constituye una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, que conjuntamente a la sociedad, tiene la tuición plena sobre el sistema educativo. Establece que la educación es obligatoria hasta el bachillerato y gratuita en todos sus niveles. Asimismo, se sustenta en la sociedad y el Sistema Educativo Plurinacional, cuya base sobre la que se fundamenta es universal e inclusiva. Los fines que le otorga a la educación consisten en: formar integral y equitativamente a mujeres y hombres, garantizar la participación plena de todos los habitantes del Estado en la educación, promover la amplia reciprocidad, solidaridad e integración entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y afro descendientes, impulsar la investigación científica y tecnológica asociada a la innovación y producción de conocimientos -como rector de lucha contra la pobreza, exclusión social y degradación del medio ambiente, entre otros.

Entre los objetivos de la educación se encuentran los de garantizar el acceso a la educación y la permanencia de los ciudadanos en condi-

ciones de plena igualdad y equiparación de condiciones, desarrollar programas educativos sustentados en el currículo base de carácter intercultural y pertinentes a cada contexto sociocultural, lingüístico, histórico, ecológico y geográfico, e implementar políticas y programas de atención integral educativa a poblaciones vulnerables y en condición de desventaja social. Asimismo, y como establece la ley:

Formular e implementar, desde todos los niveles de gobierno del Estado Plurinacional, programas sociales específicos que beneficien a las y los estudiantes con menos posibilidades económicas para que accedan y permanezcan en el sistema educativo, mediante recursos económicos, programas de alimentación, vestimenta, transporte y material escolar; en áreas dispersas con residencias estudiantiles.

3.3. Derecho a la salud. La Constitución sostiene que “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, salud y trabajo” (art. 9); que “I. Toda persona tiene derecho a la salud. II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna. III. El sistema de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno” (art. 18).

El CNNA establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a un bienestar físico, mental y social. Asimismo, tienen derecho a servicios de salud gratuitos y de calidad para prevención, tratamiento y rehabilitación de las afecciones a su sa-

lud” (art. 18), que “El Estado a través de los servicios públicos y privados de salud, asegura a niñas, niños y adolescentes el acceso a la atención permanente sin discriminación” (art. 19), y que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la recreación, esparcimiento, deporte y juego” (art. 121).

Por otra parte, el Reglamento del Código de Seguridad Social de 30 de septiembre de 1959 contempla los derechos de subsidio de natalidad (Título II, Capítulo I), a la salud mediante la otorgación de medicina preventiva (artículo 62), y de subsidio de lactancia (Libro III, Título I, Capítulo III).

3.4. Derecho al desarrollo. No está reconocido legislativamente como derecho; sin embargo, el CNNA lo establece en su artículo 12.g) como el principio “Por el cual se procura el desarrollo armónico de las capacidades físicas, cognitivas, afectivas, emocionales, espirituales y sociales de las niñas, niños y adolescentes, tomando en cuenta sus múltiples interrelaciones y la vinculación de éstas con las circunstancias que tienen que ver con su vida”. Su artículo 17 manifiesta que “I. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nivel de vida adecuado que garantice su desarrollo integral, lo cual implica el derecho a la alimentación, vestido, vivienda digna, servicios públicos esenciales. II. El Estado en todos sus niveles, debe garantizar el ejercicio pleno de ese derecho”.

3.5. Edad mínima para trabajar. Es regulada en el artículo 129 del CNNA, donde se la establece en los catorce años de edad. Este artículo continúa estableciendo que:

II. Excepcionalmente, las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, podrán autorizar la actividad laboral por cuenta propia realizada por niñas, niños o adolescentes de diez (10) a catorce (14)

años, y la actividad laboral por cuenta ajena de adolescentes de doce (12) a catorce (14) años, siempre que ésta no menoscabe su derecho a la educación, no sea peligrosa, insalubre, atentatoria a su dignidad y desarrollo integral o se encuentre expresamente prohibido por la Ley.

III. La solicitud deberá tener respuesta en el plazo de setenta y dos (72) horas computables a partir de su recepción, previa valoración socio-económica, y surtirá efectos de registro en el Sistema de Información de Niñas, Niños y Adolescentes-SINNA.

IV. El registro de la autorización para un rubro determinado podrá ser modificado a solicitud verbal de la o el interesado, sin necesidad de iniciar un nuevo trámite de autorización. Las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, si fuere necesario, podrán solicitar una nueva valoración médica y psicológica.

4. Legislación internacional.

Respecto al bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia que lo componen son los siguientes:

4.1. Organización de Naciones Unidas. La Convención sobre los Derechos del Niño² determina el principio de no discriminación (art. 2), la prevalencia del principio del interés superior del niño (art. 3), el principio de efectividad de los derechos (art. 4), el derecho al desarrollo y supervivencia (art. 6), el derecho a ser escuchados (art.

² Adoptada y abierta para firma y ratificación en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 de conformidad con su artículo 49, y que fue ratificada por Bolivia mediante Ley 1152 de 14 de mayo de 1990.

12), corresponsabilidad de la familia, sociedad y Estado (art. 18) y la prohibición del ejercicio de actividades laborales que menoscaben su derecho a la salud, educación y desarrollo (art. 32).

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³, además de establecer la protección a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, les protege también de la venta con objetivos no sexuales, es decir, otras formas de trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos.

4.2. Organización Internacional del Trabajo. El Convenio sobre la Edad Mínima (1973)⁴ establece que la edad mínima para trabajar debe ser cuando cesa la obligación de asistir a la escuela. La determina –como regla- a los quince años de edad y a los trece años para trabajos ligeros. Mientras que, para los países en vías de desarrollo –como excepción-, la establece a los catorce años de edad para trabajar y a los doce años para trabajos ligeros.

El Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999)⁵ establece que ellas serán la esclavitud, la venta y la trata de niños, el trabajo forzoso, todas las actividades que les exploten sexual-

³ Adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, aprobado por resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, con entrada en vigor el 18 de enero de 2002 de conformidad con su artículo 14, suscrito por Bolivia el 10 de noviembre de 2001 y ratificado por Ley 2367 de 7 de mayo de 2002

⁴ Con entrada en vigor el 19 de junio de 1976 y ratificado por Bolivia mediante Decreto Supremo 15549 de 16 de junio de 1978.

⁵ Su entrada en vigor fue el 19 de noviembre de 2000 y fue ratificado por Bolivia mediante Ley 2428 de 28 de noviembre de 2002.

mente, la participación en actividades ilícitas, y cualquier trabajo que pueda dañar su salud, seguridad o bienestar.

4.3. Organización de Estados Americanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁶ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador⁷ reconocen los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales están los derechos a la educación, salud y trabajo.

5. Jurisprudencia boliviana.

Como se manifestó, la CDN introdujo la protección integral del niño dentro de la doctrina del derecho. Bolivia la adoptó al ratificarla y al reconocer el principio del interés superior en la Constitución Política del Estado. La sentencia constitucional plurinacional (SCP) 0512/2015-S3 de 1 de junio de 2015, citando a la SCP 1538/2013 de 10 de septiembre, señaló que:

a partir de la promulgación del Código del Niño, Niña y Adolescente, Bolivia cuenta con una normativa enmarcada en los principios que rigen la doctrina de protección integral, cuya característica principal radica en que los niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos sociales, cuya participación y protagonismo en las

⁶ Suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Bolivia se le adhirió mediante decreto supremo 16575 el 13 de junio de 1979, convirtiéndose luego en la ley 1430 que fuera promulgada el 11 de febrero de 1993.

⁷ Suscrito en San Salvador, Brasil el 17 de noviembre de 1988 y ratificado por Bolivia mediante Ley 3293 promulgada el 12 de diciembre de 2005.

decisiones de su vida presente y futura sea garantizada por el Estado y la sociedad, cuerpo legal que reconoce sus derechos.

La SCP 0418/2016-S1 de 13 de abril de 2016 determinó que el interés superior del niño constituye “la esencia reguladora de la normativa a desarrollarse en torno a los derechos de la niñez y adolescencia, traduciéndose en la responsabilidad de protegerlos a través de una efectiva tutela legal y judicial”. El principio del interés superior es fundamental para determinar la decisión judicial que se tome respecto a las niñas, niños y adolescentes.

La SCP 1951/2012 de 24 de septiembre de 2012 estableció:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(...) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento [CDN], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Esencial es tener en cuenta que, si bien las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, el ejercicio y protección de sus derechos corresponde al Estado, a la familia y a la sociedad. La SCP 0512/2015-S3 de 12 de mayo de 2015 expresó que:

el principio del interés superior del menor, se fundamenta en propiciar el desarrollo de éstos, emergiendo de ello un deber que se irra-

dia a todas las esferas Estatales, administradores de justicia, así como a la sociedad en general, de adoptar medidas especiales de protección, pues debe tenerse presente su estado de debilidad, inmadurez e inexperiencia, con miras a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

En virtud del crecimiento y desarrollo de su personalidad, sus derechos se desarrollan conforme ellos lo hacen. La SCP 0566/2015-S1 de 1 de junio de 2015 citando a la SCP 1705/2013 de 10 de octubre, manifestó que: “Nuestra Constitución Política del Estado, protege de manera integral y progresiva a los niños y adolescentes, bajo el entendido que, de acuerdo a su crecimiento y desarrollo de su personalidad, asumen progresivamente derechos y obligaciones”. La SCP 0566/2015-S1 de 1 de junio de 2015, citando a la SC 1688/2011-R de 21 de octubre y a la SCP 0908/2012 de 22 de agosto, señaló que:

Dentro de la teoría de la protección integral de la niñez, los niños y adolescentes son considerados sujetos de derecho progresivos, lo que significa que conforme al paso del tiempo en relación a su desarrollo asumen progresivamente sus derechos y obligaciones.

La Sentencia 0512/2015-S3 de 12 de mayo de 2015 estableció que para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales” y que el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Respecto a la función ponderativa del principio del interés superior se pronuncia la SCP 0208/2015-S1 de 26 de febrero de 2015, la cual cita a la SCP 1591/2012 de 24 de septiembre, indicando que:

es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también de características particulares de la situación en la que se halla el niño. Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos, en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna, y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.

La SCP 0561/2016-S3 de 16 de mayo de 2016 cita a la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-973/11 de 15 de diciembre de 2011, e indica las características del principio del interés superior del niño:

1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

En ninguno de los casos el Tribunal Constitucional Plurinacional se manifestó sobre el trabajo infantil.

6. Jurisprudencia internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos trata el principio del interés superior en cada uno de los casos que resuelve cuando se refiere a menores de edad. Sin embargo, tan solo los siguientes aportan al presente trabajo de investigación.

En cuanto a la prevalencia de principio mencionado, el caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana manifiesta en su sentencia de 8 de septiembre de 2005 que:

revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.

Por otra parte, mediante el caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, en la sentencia de 16 de noviembre de 2009 establece, bajo la misma línea mencionada previamente, que:

la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.

La progresividad del ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia se trata en el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, mediante la sentencia de 31 de agosto de 2012:

los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

En este caso, el Tribunal mencionó que el comité de los derechos del niño ha señalado que el artículo 12 de la CDN no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, sino también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Esto significa que las opiniones sean evaluadas mediante un examen caso por caso. De la misma forma, el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* en la sentencia de 24 de febrero de 2012, en base a la observación general 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, se hizo énfasis en la relación entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado.

Se desarrolla el principio del interés superior en cuanto a los cuidados especiales en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, a través de la sentencia de 24 de febrero de 2012, por su parte el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección. Por otra parte, hace mención a la prevalencia del interés superior del niño, respecto a lo que establece el preámbulo de la CDN: “el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso”. En el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, mediante sentencia de 27 de

agosto de 2014, la Corte reitera que “los niños y niñas al ser titulares de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, cuentan además con las medidas especiales contempladas en el artículo 19 del mismo instrumento”.

Respecto al rol del Estado como garante de los derechos humanos, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, en la sentencia de 29 de marzo de 2006 se manifiesta que “por una parte, el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”.

Cabe manifestar que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos se manifestó en diferentes ocasiones respecto a la función del principio del interés superior del niño, en ninguno de ellos hizo referencia al trabajo infantil.

7. Funciones del principio del interés superior del niño: interpretación y ponderación.

El año 2014 entró en vigencia el actual Código Niña, Niño y Adolescente, ley 548. Dentro del capítulo VI: derecho a la protección de la niña, niños y adolescente en relación al trabajo; sección: protección especial; artículo 129 párrafo primero determina los catorce años como edad mínima para trabajar, acorde al Convenio 138 de la OIT. En su párrafo segundo establece que excepcionalmente y mediante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, se obtendrá la autorización para que niñas y niños a partir de los diez años de edad se desempeñen en actividades laborales por cuenta propia, y adolescentes a partir de los doce años, por cuenta ajena.

Indica que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia otorgará la autorización, previo examen socio-económico y de salud. Asimismo, que tan solo se otorgará la autorización, cuando el trabajo no menoscabe el derecho a la salud, desarrollo y educación.

El trabajo infantil es aquel que es realizado por debajo de la edad mínima para trabajar y se entiende por éste la actividad que menoscaba los derechos de la niñez y adolescencia, independientemente de la naturaleza de la actividad. Sin embargo, el CNNA lo permite y le otorga la protección emergente del derecho laboral.

Toda vez que el principio del interés superior exige la satisfacción conjunta de los derechos de la niñez y adolescencia, ocurren circunstancias en las que existe conflicto de derechos, como es el analizado en este documento. En ese momento corresponde aplicar este principio, identificando el interés superior y otorgando la protección respectiva, frente a todas las medidas concernientes al Estado, legislativas, administrativas y judiciales. Las funciones que lo componen son la interpretación y la ponderación de derechos.

7.1. Interpretación. Mediante la interpretación se evidencia que los derechos a la salud, al desarrollo y a la educación no son de satisfacción conjunta al derecho al trabajo por debajo de la edad mínima para trabajar. Esto debido a que la Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio 138, determinó que la edad mínima para trabajar debe ir acorde a la finalización de la escolaridad, permitiéndose la excepción de catorce años para países en vías de desarrollo y los doce años para trabajos ligeros, con el compromiso de erradicar el trabajo infantil con el paso de los años. Esta excepción respeta el criterio fundamental del interés superior del niño. En cambio, la excepción boliviana de diez y

doce años planteada frente a la excepción de catorce años del Convenio 138 *transgrede* el principio del interés superior.

Sin embargo, bajo el entendido de que el proyecto de ley presentado fundamentó que la realidad boliviana -extrema pobreza y cultura- no está acorde a la edad mínima para trabajar prevista en el Convenio 138, en la presente investigación se interpreta en sentido contrario, bajo el argumento y función del principio del interés superior.

Así, se comprende que la realidad boliviana si es compatible con la edad mínima para trabajar establecida por el Convenio 138. Las razones se sustentan en que, por una parte, los preceptos culturales tienen la limitante ineludible del interés superior del niño y que, por otra, la extrema pobreza corresponde a la responsabilidad del Estado. Esto último cobra mayor sustancia en Bolivia, pues ella se constituyó expresamente como un Estado social de derecho en el artículo primero de su Constitución Política del Estado. De tal suerte que le toca adoptar todas las medidas que tiene a su alcance para que las niñas, niños y adolescentes tengan los elementos mínimos vitales para su subsistencia y así su interés superior se mantenga protegido, vigente y en ejercicio.

7.2. Ponderación. En cuanto a la ponderación, ésta se realiza bajo el entendido de que niñas, niños y adolescentes trabajadores exigieron el respeto a sus derechos laborales, por medio de la reducción o eliminación a la edad mínima para trabajar. Se buscó la existencia de una finalidad constitucional que justifique la necesidad de restringir un derecho para la protección de otro.

En el caso del derecho a la educación, la finalidad abstracta sí fue constitucional, puesto que la subsistencia tiene mayor importancia

que la educación. Sin embargo, en sentido concreto, esta finalidad es contraria a la Constitución en virtud al principio de corresponsabilidad y a las normas que protegen el derecho a la educación. Se lo plantea como un derecho de carácter obligatorio, y en lo que a la niñez y adolescencia respecta, un deber.

Respecto al derecho a la salud, este se ve afectado por el ejercicio del trabajo infantil y la finalidad, de la misma forma, es inconstitucional. Las dimensiones del derecho a la salud, expresadas como capacidades, son todas afectadas e incongruentes con el desempeño de una actividad laboral, incluso si la Defensoría de la Niñez tomase todas las previsiones para garantizar la salud física de las niñas, niños y adolescentes. Es que la responsabilidad de subsistencia, manifestada en presión y estrés, inevitablemente afectará el derecho humano a la salud.

En lo que se refiere al derecho al desarrollo, su ejercicio es inseparable al ejercicio del derecho a la salud y educación. Al tratarse de un derecho de la niñez y adolescencia, hace énfasis en el carácter de personas en proceso de formación cuyas facultades deben brindarse de manera correcta, y el trabajo infantil afecta ese proceso. Asimismo, como personas en desarrollo, sus derechos se otorgan progresivamente, a la par y a la medida en la que ellos crecen, es por eso que el derecho al trabajo a los dieciocho años no es el mismo que el derecho al trabajo a los catorce años, ni mucho menos que el derecho al trabajo a los diez años.

El siguiente paso fue buscar la idoneidad de la medida que restringe el derecho a la educación para proteger el derecho al trabajo. El resultado, como en los casos anteriores, fue la inconstitucionalidad de la medida. En virtud a la corresponsabilidad del Estado, y esencialmente, al haberse constituido en Estado social

de derecho, el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales son de directa responsabilidad del Estado. Las medidas idóneas responden a presupuestos fácticos en los que lo jurídico no es la única respuesta.

Por lo tanto, si la subsistencia es el derecho que se busca proteger, debería ser a través del apoyo económico, mediante bonos, empleo, o proveer alimentos y servicios básicos de manera gratuita a los padres, tutores, curadores, hermanos mayores, o cualquier persona que se encuentre a cargo de una familia integrada por niñas, niños o adolescentes que se vean en la necesidad de trabajar. Resulta esencial, además, mejorar la calidad del sistema de educación, puesto que la excelencia en educación incentiva a las niñas, niños y adolescentes a permanecer en la escuela, además de ser fundamental para el desarrollo intelectual, que es un instrumento idóneo para salir de la pobreza.

En cuanto al derecho a la salud, bien se puede considerar la atención gratuita a menores de doce años -incluso en clínicas privadas- y la facilitación de obtención de seguros de salud, entre otros posibles medios, para satisfacer el ejercicio de este derecho. Esto no debería suceder, como contradictoriamente se pretende, a través de la autorización del trabajo infantil.

En lo que al derecho al desarrollo atañe, su satisfacción requiere de la otorgación de servicios básicos. Además del trabajo, existen otros medios para satisfacerlos, como por ejemplo determinar su gratuidad para las familias comprendidas por niñas, niños y adolescentes que vivan en extrema pobreza, la colaboración con organizaciones no gubernamentales o la suscripción de convenios de

cooperación en materia de derechos humanos entre otros mecanismos que los faciliten.

Finalmente, en la ponderación se obtuvo como resultado que el derecho al trabajo, su ejercicio y protección no justifican la insatisfacción o restricción del derecho a la educación, a la salud y al desarrollo, pues estos últimos tienen un carácter esencial y deben ser considerados en relación a la edad específica de la que se trata.

8. Conclusiones.

A partir del resultado de la interpretación y ponderación, se evidencia que el interés superior privilegia los derechos a la salud, educación y desarrollo frente al derecho al trabajo en niños, niñas y adolescentes entre los diez y trece años de edad. Corresponde al Estado, en virtud a su carácter de Estado social de derecho, otorgar las condiciones mínimas de supervivencia a los grupos vulnerables, como ser niñas, niños y adolescentes en extrema pobreza que se encuentren en la necesidad de trabajar para subsistir. El interés superior debe ser protegido por el Estado a través de medidas legislativas, administrativas y sociales.

Las dos fases por las que se valoró la protección al derecho al trabajo frente al derecho a la salud, educación y desarrollo, obtuvieron como resultado su carácter inconstitucional. El bloque de constitucionalidad y la Constitución Política del Estado establecen el principio del interés superior del niño como principio rector en materia de niñez y adolescencia.

Respecto a la medida legislativa prevista por la ley 548, que es la norma que regula y protege los derechos de la niñez y adolescencia, en el intento de proteger el interés superior bajo el argumento de la realidad económica y cultural de trabajo infantil, lo que ha

conseguido es poner en estado de peligro otros derechos de mayor trascendencia. El exceso de burocracia, la necesidad de interpretación por la oscuridad normativa, incrementan el riesgo de vulneración del interés superior de las niñas, niños y adolescentes bolivianos que se vean en la necesidad de trabajar para subsistir. El artículo 129.II del CNNA, que contiene la excepción a la edad mínima para trabajar, debe considerarse inconstitucional por transgredir y exponer el interés superior del niño a su vulneración.

Por lo tanto, se considera viable y recomendable la interposición de una acción de inconstitucionalidad abstracta, conforme a lo establecido en el artículo 132 de la Constitución Política del Estado y los artículos 72, 73 y 74 del Código de Procedimiento Constitucional.

9. Referencias

9.1 Bibliográficas

- Alarcón, R. G. (2015). Estado Democrático de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 029-241.
- Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*.
- Ángulo, S. N. (2005). *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivo y sujetos*. Madrid: IEPALA.
- Arias, L. B. (2010). *Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Capacitación y Derechos Ciudadanos.
- Arteaga, B. A., & Domic, R. J. (2007). Ser wawa en los Andes: Presentación social de mujeres migrantes aymaras sobre el niño aymara. *Ajayu*, 1-26.
- Arrunátegui, J. (2007). *Reflexiones para el Cambio: Análisis de los planes nacionales de prevención y erradicación del trabajo infantil en América Latina y el Caribe*. Lima: Organización Internacional del Trabajo - OIT, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil - IPEC.
- Banco Mundial. (2016, septiembre 28). *Bolivia: Panorama general*. Retrieved from Banco Mundial:
<http://www.bancomundial.org/es/country/bolivia/overview>
- BE, D. (2016, marzo). *Humanium*. Retrieved from Humanium:
<http://www.humanium.org/es/nueva-ley-sobre-el-trabajo-infantil-en-bolivia-cuando-la-ilegalidad-se-legaliza/>

- Beloff, M. (1999). Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular; un modelo para armar y otro para desarmar. In Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Justicia y Derechos del Niño* (pp. 09-20). Santiago.
- Buaiz, V. Y. (2003, enero). *Ministerio de Salud*. Retrieved from Dirección de Servicios de Salud:
file:///C:/Users/adriana/Documents/Universidad/Tesis%20de%20Grado/bibliografía/dereninezunicefintees%20superior%20del%20menor%20yuri.pdf
- Burgos, G. J. (2010). Estado de derecho: del modelo formal al sustancial. *Revista del Dialogo de los Saberes*, 231-244.
- Celi, M. A. (septiembre de 23 de 2012). *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*. Obtenido de El mínimo vital:
http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_publicacion/view/9
- Centro de Estudios Constitucionales. (2013). *Constitución Política del Estado Anotada Concordada y Comentada*. Obtenido de www.econstitucional.com:
<http://www.econstitucional.com/menuanalisis.aspx?ID=112>
- Chacón, M. A. (2005). De lo ontológico a lo político sobre el derecho a la educación. *Actualidades investigativas en educación*, 1-36.
- Cillero, B. M. (1999). El Interés superior del niño, en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño. In Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Justicia y Derechos del Niño* (pp. 45-62). Santiago.

- Cillero, B. M. (2010). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Serie justicia y derechos humanos: Neoconstitucionalismo y sociedad*, 58-108.
- Cillero, B. M. (2011). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Revista Pensamiento Penal*.
- Claros, P. M., Zambrana, S. F., & Bayá, C. M. (s.a.). *Derechos Humanos Normativa y Jurisprudencia*. Scorpion.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2015, enero 26). *Se estanca la reducción de la pobreza y la indigencia en la mayoría de los países de América Latina*. Retrieved from Comisión Económica para América Latina y el Caribe: <http://www.cepal.org/es/comunicados/se-estanca-la-reduccion-de-la-pobreza-y-la-indigencia-en-la-mayoria-de-los-paises-de>
- D'Antonio, D. H. (2010). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Astrea Virtual.
- De Pisión, M. J. (1997). *Derechos Humanos, su historia, su fundamento y su realidad*. Zaragoza: Egido Editorial.
- Delpiano, L. C. (s.f.). Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano. *Working Papers*. Retrieved 09 17, 2016, from <http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf>
- Delors, J. (n.d.). La Educación o la utopía ciudadana. In UNESCO, *La Educación encierra un tesoro* (pp. 7-30). 1996.

- Díaz , R. F. (1998). El derecho a la educación. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 267-305.
- Díaz, G. M., & Rodríguez, D. I. (1998). El trabajo infantil en el mundo: el estado de la discusión. *Cuadernos de Estudios Empresariales* , 243-250.
- El Diario. (2014, enero 05). *El trabajo infantil es parte de una realidad estructural en Bolivia*. Retrieved from El Diario Sociedad: http://www.eldiario.net/noticias/2014/2014_01/nt140105/sociedad.php?n=40&-el-trabajo-infantil-es-parte-de-una-realidad-estructural-en-bolivia
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. (2003). *Viviendo al derecho. Defensa de los derechos de la infancia, una estrategia para el desarrollo*. Bogotá.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Nuevo Siglo.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2009). *Estado mundial de la infancia*. Edición especial. Nueva York.
- Fontana, B. L., & Grugel, J. (2016). ¿Un nuevo rumbo para el trabajo infantil en Bolivia? Debates y polémicas sobre el Código de la Niñez. *Nueva Sociedad. Democracia y Política en America Latina*.
- Fundación Telefónica México. (2014). *El trabajo infantil y el derecho a la educación*
- Galvis, O. L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Rev.latinoam.cienc.soc.niñez juv*, 587-619.

- Góngora, M. M. (n.d.). La Difusion en el Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su potencial en la construccion del Ius Constitutio Latinoamericano. In *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 304-327). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, P. R., Peña, H. A., & Rubiano, M. Y. (2005). Representaciones sociales del trabajo infantil. *Orinoquia*, 19-29.
- Hernández, S. L. (1974). Derecho Natural y Educación. *Revista Chilna de Derecho*, 241-261.
- La Razón. (2014, julio 10). La OIT investiga el Código Niño, Niña y Adolescente por temor de que reduzca la edad mínima para trabajar. *La Razón Sociedad*.
- López, C. R. (2013). Interés Sperior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 21-70.
- López, C. R. (2015). Interés Sperior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 21-70.
- Llopis, C. (2011). Aprendizaje Cooperativo. *Crítica*, 37-42.
- Lora, N. L. (2006). Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. *Avances deInvestigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, 479-488.
- Maureira, E. F. (2002). Trabajo infantil. Algunas consideraciones desde la antropología . *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 113-124.

- Mendizábal, G. (s.a.). Regulaciones del Trabajo Infantil. *Pensamiento Universitario*, 37-43.
- Mesa intersectorial de Antioquia por la salud como derecho fundamental (MIAS). (2012). La salud como derecho fundamental. *Investigación K*, 56-61.
- Ministerio de inclusión Económica y Social. (2012-2013). *Agenda para la igualdad de niñas, niños y adolescentes*. Ecuador.
- Ministerio de Trabajo, empleo y Previsión Social. (n.d.). *Trabajo Infantil y Adolescente en Bolivia: formación certificada*. La Paz: Ministerio de Trabajo, empleo y Previsión Social.
- Organización Internacional del Trabajo. (2016, abril 16). *Organización Internacional del Trabajo*. Retrieved from ¿Qué se entiende por trabajo infantil?: <http://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm>
- Pérez, M. R. (2010). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. *Serie justicia y derechos humanos: Neoconstitucionalismo y sociedad*, 573-606.
- Prieto, C. O. (2012). Programas Sociales Enfocados en la Niñez y Adolescencia. *Revista Ciencias Sociales*, 61-75.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PUND). (2004). *Informe de Desarrollo Humano. Interculturalismo y Globalización, la Bolivia posible*. La Paz: Plural editores.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PUND). (2005). *Informe de Desarrollo Humano*. Barcelona: Mundi-Prensa .

- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2015). *Informe Nacional sobre Desarrollo Humano en Bolivia*. La Paz: SPC Impresores S.A.
- Rausky, M. (2009). ¿Infancia sin trabajo o Infancia trabajadora? Perspectivas sobre el trabajo infantil. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud Manizales, Doctorado en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud del Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud de la Universidad de Manizales y el Cinde*, 681-706.
- Ravetllat , B. I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 89-108 .
- Ray, R., & Lancaster, G. (2005). Efectos del trabajo infantil en la escolaridad. Estudio plurinacional. *Revista Internacional del Trabajo*, 209-232.
- Richter, J. (2013). El trabajo en el derecho del trabajo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*.
- Sagastume, G. M. (s.a.). *Curso Basico de Derechos Humanos*.
- Smink, V. (2014, enero 14). ¿Ilegal o parte de la cultura? El trabajo infantil divide a Bolivia. *BBC MUDNO*.
- Strack, P., & Liebel, M. (2015, julio 21). La OIT y el “trabajo infantil” en Bolivia – dogmatismo en vez de argumentos. *Fundación Rosa Luxemburgo*.
- Ugarte, B. K. (2014). Los derechos humanos y/o derechos fundamentales en el marco de un Estado de Derecho. *Lex Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51-82.

- Unión de Niños y Adolescentes Trabajadores de Bolivia . (2011). *Mi fortaleza es mi trabajo: de las demandas a la propuesta. Niños, niñas y adolescentes trabajadores y la regulación del trabajo infantil y adolescente en Bolivia.*
- Uprimy, R. (2013-2014). Estado de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 168-176.
- Vanossi, R. J. (2008). *Estado de Derecho*. Astrea Virtual.
- Vazquez, V. A. (2008). *Derecho del trabajo y la seguridad social*. Astrea Virtual .
- Velasco, A. M. (2010). Trabajo infantil y derechos de la niñez y adolescencia. En *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (págs. 255-272). Quito: V&M Gráficas.
- Vélez, A. A. (2007). Nuevas dimensiones del concepto de salud: el Derecho a la Salud en un Estado Social de Derecho. *Hacia la Promoción de la Salud*, 63-78.
- Villar, B. L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Derecho del Estado*, 73-96.
- Zermatten , J. (2003). *El interés superior del niño del analisis literal al acance filosófico*. Âges y Santé y Société.

9.2 Normativas

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención de los Derechos del Niño.

- Asamblea Legislativa Plurinacional (2010). Ley de la Educación Avelino Siñani - Elizardo Pérez. [Ley N° 070] [Gaceta Oficial de Bolivia].
- Asamblea Nacional Constituyente (1998). Constitución Política del Estado de Ecuador [Decreto Legislativo 000]
- Comité Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011). Observación General [N° 13]
- Comité Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Observación General [N° 14]
- Comité Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011). Observación General [N° 18]
- Comité de los Derechos del Niño (2003). Observación General [N° 5]
- Congreso Argentino (1974). Régimen del Contrato de Trabajo Argentina. [Ley N° 20.744]
- Congreso de Colombia (2006). Código de la Infancia y Adolescencia [Ley N° 1098]
- Congreso Nacional de Honduras (1959). Código del Trabajo [Decreto N° 189]
- Congreso de la República de Perú. (2014). Código de los Niños y Adolescentes [Ley N° 27337]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva [N° 17]
- Honorable Cámara de Diputados y Honorable Cámara de Senadores (2003). Ley que aprueba el Convenio N° 138 sobre la edad mínima. [Ley N° 2332]

Honorable Congreso de la Unión (2015). Ley Federal del Trabajo [Ley N° 1585] [Diario Oficial de la Federación]

Honorable Congreso Nacional (1994). Constitución Política del Estado de Bolivia [Ley N° 1585] [Gaceta Oficial de Bolivia]

Honorable Congreso Nacional (2000). Código Niña, Niño y Adolescente. [Ley N° 2026] [Gaceta Oficial de Bolivia]

Honorable Congreso Nacional (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. [Gaceta Oficial de Bolivia]

Honorable Congreso Nacional (2014). Código Niña, Niño y Adolescente. [Ley N° 548] [Gaceta Oficial de Bolivia]

Organización Internacional del Trabajo (1973). Convenio sobre la edad mínima. [C. N°138]

Palacio Nacional de Guatemala (1961). Código del [Trabajo Decreto N°. 1441]

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sociedad de Naciones (1959). Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño.

9.3. Jurisprudenciales

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Constitucional, 426 (1992)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Constitucional, 225 (1998)

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Constitucional, 881 (2000)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela (2006)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Gonzales y otras (Campo Algodonero). vs. México (2009)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Furlán y Familiares vs. Argentina (2012)
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional, 1602 (2005)
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional, 033 (2007)
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 1951 (2012)
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 1663 (2013)
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 0512 (2015)
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 0566 (2015)

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 0208 (2015)

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 0561 (2016)

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional, 0418 (2016)

**Fundamentos prepolíticos del Estado.
Su importancia en las sociedades contemporáneas¹.**

*Prepolitical Foundations of the State.
Their Importance in Contemporary Societies.*

Raúl Tomás Peñaloza Palacios*

Recibido: 15.11.2017

Aprobado: 10.02.2018

Resumen

El presente trabajo está basado en el análisis del debate que tuvieron en el año 2004 el entonces cardenal de la Iglesia Católica Joseph Ratzinger y el renombrado filósofo alemán Jürgen Habermas. Este debate es inédito toda vez que estos exponentes de posturas filosóficas diferentes sintetizan sus pensamientos de manera extraordinaria. El principal resultado de este trabajo es el hallazgo de cómo autores representantes de pensamientos diversos, religioso y secular respectivamente, teniendo en principio diferentes perspectivas de los fun-

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Fundamentos cristianos del derecho constitucional moderno. Aproximación al pensamiento jurídico de Joseph Ratzinger” que el autor defendió en abril de 2017 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Licenciado en Derecho, investigador en LIBERA Bolivia, asistente legal en Ascarrunz Guillén Bufete de Abogados. Contacto: raulpenalozap@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Revista 2, abril, 2018, pp. 121-156 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

damentos de un Estado constitucional moderno, llegan a concordar que en la práctica el Estado necesita de fundamentos prepolíticos que incluso lo preceden para que se pueda dar un Estado de derecho real. Finalmente, para enlazar y reforzar los resultados previos, se analizan ciertas temáticas que forman parte de la mencionada tesis, pero a partir de una perspectiva global del Siglo XXI de ciertos presupuestos del Estado democrático contemporáneo.

Palabras Clave: Estado moderno / Estado constitucional / relativismo / diálogo secular - religioso.

Abstract

This is an approximation to the Legal Thought of Joseph Ratzinger". It presents mainly the subject related to the pre-political foundations of the Modern Constitutional State, specifically based on the analysis of the debate held in 2004 by the former cardinal of the Catholic Church, Joseph Ratzinger, and the renowned German philosopher, Jürgen Habermas. This debate is something innovative since these exponents of different philosophical positions synthesize their thoughts in an extraordinary way. The main result of this work is the finding of how an author, representative of religious thought, and another, representative of secular thought, having in principle different perspectives on the foundations of a modern constitutional state, come to agree that in practice the state needs fundamentals pre-political that even precede it so that a real state of law can be given. At last, and to link and reinforce the previous results, certain topics that are part of the aforementioned thesis are analyzed, but from an analysis based on

a global perspective of the XXI Century of certain presuppositions of the contemporary democratic state.

Keywords: Modern State / constitutional state / relativism / secular – religious dialogue.

Estas ideas están principalmente basadas en el pensamiento filosófico-jurídico de Joseph Ratzinger como uno de los principales representantes del pensamiento católico de las últimas décadas. Sin embargo, esto no hace al presente un texto netamente religioso ni mucho menos fundamentalista, es más bien una exposición de la importancia del diálogo secular-religioso en tiempos modernos.

La relevancia del presente texto radica principalmente en la importancia fáctica que tienen ciertos fundamentos que preceden al Estado, y más aún en las sociedades contemporáneas. Para este fin, y por la naturaleza de un trabajo como éste, se analizarán principalmente dos debates, uno directo y el otro indirecto, que tuvo Joseph Ratzinger la década pasada con dos renombrados filósofos representantes del pensamiento secular. El primero suscitado el año 2004 con Jürgen Habermas, que es la parte fundamental del presente texto. Trata principalmente de la preponderancia que tienen ciertos presupuestos prepolíticos en la conformación de los Estados modernos y su búsqueda de un Estado de derecho a partir del Siglo XVIII, así como también en las sociedades del Siglo XXI. A partir de lo mencionado se analiza el encuentro de opiniones que Joseph Ratzinger tuvo con el filósofo norteamericano Richard Rorty, uno de los principales exponentes de la corriente relativista.

Para concluir y presentar los resultados de este manuscrito será necesaria una breve exposición del pensamiento del jurista Nor-

berto Bobbio y su concepción de ciertos valores, que son un presupuesto en cualquier Estado moderno que tiende a un Estado de derecho real. De igual manera, se analizará cómo estos valores son considerados en las sociedades del Siglo XXI.

1. Debate Filosófico Habermas - Ratzinger

El tema de los fundamentos prepolíticos del Estado constitucional fue el tema que convocó en enero de 2004 al filósofo Jürgen Habermas y al entonces cardenal Joseph Ratzinger a un encuentro organizado por la Academia Católica de Baviera. Lo significativo de tal evento es que puede considerarse una especie de *punta de lanza* de un nuevo tipo de diálogo entre el pensamiento secular y el pensamiento cristiano-católico, ya que Habermas es uno de los filósofos laicos más influyentes a nivel global y Ratzinger es un teólogo que luego se convirtió en Papa. De ahí que se pueda afirmar que la influencia del pensamiento de ambos está *todavía* por llegar.

En dicho encuentro, ambos autores alemanes empezaron marcando explícitamente el tema del pluralismo cultural y el problema que dicho pluralismo plantea a la configuración de los Estados constitucionales contemporáneos. Habermas empieza su ponencia evocando al famoso jurista alemán contemporáneo, miembro del Tribunal Constitucional Federal Alemán desde 1983 hasta 1996, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Este jurista habría formulado, a mediados de los años sesenta, que el Estado liberal constitucional secular contemporáneo necesita de ciertos principios normativos que él mismo no puede garantizar.

No es extraño que, tratándose de autores alemanes, sea posible encontrar la misma referencia en otro texto de filosofía política de Ratzinger:

Ernst-Wolfgang Böckenförde, refiriéndose a este estado de cosas, ha sostenido la tesis de que el actual Estado liberal y secularizado

(...): ‘Para su fundamentación y conservación tiene que acudir a otras fuerzas y poderes’; en otras palabras: vive de unos supuestos ‘que él mismo no puede garantizar’. Esto significa que hay algo ‘imprescindible’ para la democracia pluralista que no se fundamenta a nivel de lo político (2005a, p. 225).

Habermas no está de acuerdo con estas afirmaciones y por eso dedica la primera parte de su texto a mostrar cómo el Estado constitucional es capaz de generar sus propias justificaciones normativas. Habermas afirma que el “liberalismo político (que defendiendo en la figura especial de un republicanismo kantiano) se entiende como una justificación no religiosa y postmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático” (2008, p. 11). Con la maestría de sus años de experiencia, Habermas resume en brevísimas líneas las influencias esenciales de ese constitucionalismo moderno, y si bien destaca cierto aporte de la escolástica tardía española, afirma que la legitimación no metafísica de los Estados proviene de los filósofos de los siglos XVII – XVIII y se extiende hasta el XX.

En mi opinión, basta un mínimo conocimiento sobre el contenido normativo de la constitución comunicativa de formas de vida socio-culturales para defender frente al contextualismo un concepto de razón no derrotista y frente al positivismo jurídico un concepto de legalidad no decisionista (2008, p. 28).

Estas referencias evidencian que Habermas es consciente de los problemas que puede tener cierto pensamiento secular postmetafísico y plantea que las preguntas centrales deben ser sobre el cómo y por qué el proceso democrático puede ser considerado como *procedimiento legítimo de establecimiento jurídico*. Haciendo clara referencia a la visión contractualista jurídica de que los Estados

de derecho modernos se establecen por la voluntad democrática general que acuerda colocar al derecho como su principio de legitimación, Habermas no ve necesidad de buscar otras fuentes de legitimación. Lo afirma explícitamente:

parto de la base de que la constitución del Estado liberal tiene la suficiente capacidad para defender su necesidad de legitimación de forma autosuficiente, es decir, recurriendo a existencias cognitivas de un conjunto de argumentos independientes de la tradición religiosa y metafísica (2008, p. 30s).

Lo que resulta muy interesante descubrir es que, poco más adelante, Habermas afirma que pueden, y de hecho existen en la actualidad, razones externas al constitucionalismo democrático secular que pueden hacer necesaria una legitimación también externa, porque de lo contrario tales razones podrían “quebrar con seguridad el lazo democrático y agotar el tipo de solidaridad en el que se apoya la sociedad democrática, que no puede exigirse por vía legal” (2008, p. 35). Y más interesante aún es que en esta situación Habermas sí da la razón al jurista alemán:

En este caso sí que se daría exactamente la constelación a la que se refería Böckeförde, es decir, la transformación de los ciudadanos de sociedades liberales prósperas y pacíficas en mónadas aisladas, guiados por su propio interés, que utilizan sus derechos subjetivos como armas los unos contra los otros (2008, p. 35).

Parece necesario hacer notar en este punto, en razón de lo que vendrá a continuación, que Habermas tenía cierta necesidad de aclarar que, desde su perspectiva, el Estado constitucional democrático puede perfectamente legitimarse autónomamente de manera teórica. Es decir, la lógica de este texto habermasiano es afirmar categóri-

camente que en teoría el Estado constitucional democrático no necesitaría bases prepolíticas ético-morales. Una vez que él aclaró esto, sin embargo, reconoce que en la práctica -sobre todo contemporánea- tal posibilidad teórica no es tan sencilla. Frente a estas dificultades, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron diversas críticas al sistema que Habermas resume así:

Las teorías posmodernas entienden la crisis desde el punto de vista de la razón crítica, no como consecuencia de una utilización o agotamiento selectivo del potencial de razón, que es en cierta medida inherente a la modernidad occidental, sino como el resultado lógico de un programa de racionalización espiritual y social en sí mismo destructivo (2008, pp. 36-37).

En este contexto de *pensamiento débil*, Habermas busca un equilibrio novedoso en el cual pueda seguir sosteniendo los principios del pensamiento secular moderno al tiempo que acepta la pervivencia de los distintos fenómenos religiosos y la revitalización de su influencia en el debate político, pero sin caer en ese posmodernismo relativista y multiculturalista. Por eso la anterior cita resulta iluminadora de la postura habermasiana y habla abiertamente de *respeto* y *estima* por personas cuyas formas de vida nacen evidentemente de sus creencias religiosas. “Pero no se reduce sólo a respeto; la filosofía tiene motivos suficientes para mostrarse dispuesta a aprender frente a las tradiciones religiosas” (Habermas 2008, p. 40). No se trata de una declaración menor, viniendo sobre todo de un filósofo tan importante; por eso se decía que este encuentro puede ser considerado como una especie de *punta de lanza* para futuros encuentros entre el pensamiento secular y el cristiano-católico.

Poco después de esta afirmación, Habermas vuelve a aclarar su postura como pensador secular: “El pensamiento postmetafísico se

caracteriza por su moderación en lo que concierne a lo ético y por la ausencia de cualquier concepción universalmente vinculante acerca de lo que es una vida buena y ejemplar” (2008, p. 40). Pero con esto no solo recuerda su postura personal, sino también una característica esencial de los Estados constitucionales modernos.

Ya por terminar su ponencia Habermas, menciona algunos elementos significativos sobre cómo podría darse este diálogo entre fe y razón. “Ambas posturas, la religiosa y la laica, si conciben la secularización de la sociedad como un proceso de aprendizaje complementario, pueden tomar en serio mutuamente sus aportaciones en temas públicos controvertidos” (2008, pp. 43-44). En este punto es importante señalar que entender la secularización como un proceso anticristiano es un error, aunque todavía muy común. Por eso esta declaración de Habermas resulta significativa, ya que apunta en la misma dirección.

Es sabido que la mutua compenetración de cristianismo y metafísica griega no sólo ha quedado reflejada en la forma espiritual de una dogmática religiosa y en una helenización del cristianismo (...) ésta también ha propiciado la aproximación por parte de la filosofía a contenidos genuinamente cristianos. Este trabajo de apropiación ha quedado plasmado en entramados conceptuales normativos de mucho peso como sucede en los conceptos de responsabilidad, autonomía y justificación, historia y memoria, reinicio, innovación y retorno, emancipación y cumplimiento, desprendimiento, interiorización y materialización, individualismo y comunidad (...) Un ejemplo de esta apropiación que salva el contenido original sería la traducción del hecho de que el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios al concepto de igual y absoluta dignidad de todas las personas. Abre el contenido de los conceptos bíblicos más allá de

los límites de la comunidad religiosa a gentes de otras confesiones y a los no creyentes (2008, pp. 41-42).

Ha sido necesario copiar esta cita en casi toda su extensión porque es quizá el principal y más profundo punto de encuentro entre el pensamiento de Habermas y el de Joseph Ratzinger/Benedicto XVI. Es precisamente en esta lógica que el filósofo alemán tiende un puente al pensamiento social cristiano y encuentra en sus propios términos un lugar válido para la fe en el espacio público. Y quien dice la fe cristiana dice también, aunque sin duda con otros matices, otras religiones. “Así resulta también en interés propio del Estado constitucional el cuidar la relación con todas las fuentes culturales del que se alimenta la conciencia normativa y la solidaridad de los ciudadanos” (Habermas 2008, p. 43).

Este compromiso de escucha a las diversas razones éticas de origen religioso: “no supone de ningún modo una obligación trivial, ya que significa que (el ciudadano sin sensibilidad hacia lo religioso) debe determinar autocriticamente la relación entre fe y conocimiento desde la perspectiva de su conocimiento mundano” (Habermas 2008, p. 46). Estas declaraciones están todavía lejos de ser pensamiento común de la visión laica, por seguir con la terminología de Habermas, pero queda la esperanza de que la influencia extendida que tiene Habermas ayude a que en los próximos años más y más autores seculares sigan estas ideas y las profundicen. Ya que todavía está muy difundido un pensamiento laicista contrario, e incluso a veces abiertamente hostil, al pensamiento religioso, principalmente cristiano.

“La neutralidad cosmovisiva del poder estatal, que garantiza las mismas libertades éticas para todos los ciudadanos, es incompatible con la generación política de una visión del mundo laicista”

(Habermas 2008, p. 46). A propósito de esto, y para pasar a la ponencia de Ratzinger, se plantea una cita del discurso de Benedicto XVI al entonces presidente francés Nicolas Sarkozy en su viaje apostólico a Francia en septiembre de 2008:

Usted, Señor Presidente, utilizó la bella expresión ‘laicidad positiva’ para designar esta comprensión más abierta. En este momento histórico en el que las culturas se entrecruzan cada vez más entre ellas, estoy profundamente convencido de que una nueva reflexión sobre el significado auténtico y sobre la importancia de la laicidad es cada vez más necesaria. En efecto, es fundamental, por una parte, insistir en la distinción entre el ámbito político y el religioso para tutelar tanto la libertad religiosa de los ciudadanos, como la responsabilidad del Estado hacia ellos y, por otra parte, adquirir una más clara conciencia de las funciones insustituibles de la religión para la formación de las conciencias y de la contribución que puede aportar, junto a otras instancias, para la creación de un consenso ético de fondo en la sociedad.

Esta diferenciación entre laicidad y laicismo es fundamental para entender la propuesta innovadora que ambos autores comparten. Y se dice innovadora, no tanto porque sea una idea exclusiva de ambos, sino porque esta diferenciación no está todavía muy difundida y quizá el prestigio e influencia de ambos pueda ayudar a generalizar. El laicismo sería la idea, militantemente defendida en general, de que las razones éticas-religiosas no tienen absolutamente nada que hacer en el espacio público. La laicidad en cambio sería la idea de que manteniendo la *neutralidad cosmopolita* del Estado, las distintas *razones ético-religiosas* pueden y deben hacer un aporte público.

Lo interesante de la postura de ambos autores es que, a diferencia de otras de carácter positivista-relativista, presuponen filosóficamente que el diálogo se debe dar no tanto por razones puramente pragmáticas, sino sobre todo porque la naturaleza humana tiene necesidad de ese diálogo como método de aproximación a la realidad sobre el mundo y sobre sí misma. A diferencia del llamado *pensamiento débil*, que por razones pragmáticas renuncia al esfuerzo de buscar continuamente ese equilibrio, ambos autores apuestan precisamente por ello.

En este sentido, los aportes del entonces cardenal Ratzinger en aquel encuentro con Habermas son realmente significativos, porque es en este encuentro donde reflexiona detenidamente sobre los presupuestos del derecho y sobre el tema de la interculturalidad y la necesidad de evidencias éticas universales y eficaces. Para encontrar respuestas, Ratzinger hace una breve y profunda revisión de al menos tres momentos históricos clave en la historia occidental, en los cuales se hizo evidente el tema del pluralismo. El primero es el movimiento socrático, el segundo el descubrimiento de América y el tercero la reforma protestante. Del primero afirma Ratzinger en el debate estudiado:

Siempre merece la pena pararse a recordar que la Grecia antigua también tuvo su propia Ilustración, que la validez del derecho fundado en las religiones tradicionales perdió su evidencia y fue necesario indagar razones profundas del derecho. Así surgió la idea de que frente al derecho establecido, que podía ser injusto, debía existir un derecho que procediese de la naturaleza, de la esencia del hombre (Habermas, 2008, p. 59).

Por el especial interés que tiene para el tema del presente documento, se hará un análisis más detallado del segundo momento señalado

por Ratzinger, es decir el *Descubrimiento de América*: “En ese momento tuvo lugar el encuentro con pueblos ajenos al entramado de la fe y del derecho cristianos (...) En el terreno jurídico no había nada en común con aquellos pueblos” (2008, p. 60). Sobre este hecho histórico se ha escrito muchísimo y no es este el lugar para profundizar demasiado. Lo que sí vale la pena resaltar es que, desde el inicio de este trascendental encuentro, el aspecto jurídico estuvo en el centro de los debates. Es decir, y más allá de las posturas ideológicas al respecto, es de honestidad intelectual reconocer que la legitimación jurídica no fue un simple *derecho de conquista*.

Fue precisamente la escolástica española, que el propio Habermas reconoce dentro de la *genealogía de los derechos humanos*, la que buscó de diversos modos una justificación jurídica superior al derecho de conquista. Destacar este hecho es importante, porque contemporáneamente no todos los *modelos de conquista* europeos tuvieron la misma preocupación. Es decir, si resultaba posible simplemente legitimar la dominación por el derecho de conquista, resulta significativo que la escolástica española haya querido buscar alguna causa más legítima para esa dominación. Si bien puede ser comprensible que al no percibir lo que realmente se buscaba en ese entonces muchos autores hubieren pensado que se trataba de una pura hipocresía, no se debe caer en un pensamiento errado y saber que se trata de una mala comprensión de las reales preocupaciones del pensamiento escolástico de aquel entonces.

Francisco de Vitoria desarrolló una idea que ya existía, la idea del *ius gentium*, el *derecho de los pueblos*, donde la palabra gentes se asocia a la idea de *paganos*, de *no cristianos*. Se trata de una concepción del derecho como algo previo a la concreción cristiana del

mismo, y que debe regular la justa convivencia entre todos los pueblos (Habermas 2008, p. 60).

Surgió a partir de la escolástica española el llamado *Derecho indiano*. Sin entrar en los diversos pormenores habría que afirmar que este *Derecho indiano* implicó un significativo aporte, no siempre tenido en cuenta, a la historia jurídica universal. Se lo llama indiano porque quedó la denominación oficial de que se trataba de las Indias Occidentales. En sentido estricto, el *Derecho indiano* es el conjunto de leyes promulgadas por los reyes españoles y por las autoridades subordinadas para establecer un régimen jurídico especial en las Indias. Pero en su sentido amplio, que es el que interesa ahora, se trata del conjunto de reglas aplicables en Indias. Es decir, además de la legislación especial de Indias, el *Derecho Indiano* incluye la costumbre indígena, las Bulas pontificias, las Capitulaciones entre la Corona y los descubridores y colonos.

El estatuto jurídico de las Indias fue el de *unión real* a la Corona de Castilla, esto es: son territorios estaduales independientes de *Castilla*, que acceden a este Reino por la persona del Rey y por otros órganos gubernamentales comunes, como el Consejo de Estado. Tanto fue así que la Corona creó un órgano central de gobierno dependiente directamente del monarca: el *Real y Supremo Consejo de Indias*. Por tanto, jurídicamente hablando, las Indias nunca fueron colonias de España. La importancia de la determinación de este estatuto jurídico está en la argumentación jurídica utilizada en el proceso de emancipación americana, esto es porque al ser apresado el titular de la Corona Castellana y de las Indias, desaparece el factor de unión entre la Península y las Indias.

Esta digresión ha sido necesaria porque muchas veces se malinterpreta el surgimiento del *Derecho indiano* como una derivación simple y llana del derecho de conquista y de los supuestos títulos otorgados por el Papa Alejandro VI. Cuando en realidad fueron los mismos escolásticos españoles quienes negaron que el pontífice tuviera algún derecho o jurisdicción sobre los *naturales*, como se los llamaba entonces. Este *Derecho indiano* evidencia un antecedente importante en tierras americanas sobre un tema del pluralismo jurídico y la importancia que tiene el aspecto católico en ese debate precisamente en América Latina.

Retomando la argumentación de Ratzinger hay que mencionar el tercer momento que menciona sobre la centralidad del pluralismo en los debates político-jurídicos de Occidente. Este tercer momento es contemporáneo al anterior y por eso Ratzinger hace una mención a una *segunda fractura* en la, hasta entonces, *uniformidad* de la Europa occidental:

La segunda fractura se produjo dentro de la misma cristiandad debido al cisma que dividió la comunidad de los cristianos en diversas comunidades contrapuestas entre sí, a veces de modo hostil. Y de nuevo fue necesario desarrollar una noción de Derecho previa al dogma una base jurídica mínima que no se apoyase en la fe sino en la naturaleza, en la razón humana. Hugo Grocio, Samuel von Pufendorf y otros elaboraron la idea del derecho natural como derecho de la razón, que valora la razón como el órgano de construcción de un derecho común por encima de las fronteras de la fe (Habermas 2008, pp. 60-61).

Nuevamente se percibe aquí la idea iusnaturalista del derecho que Ratzinger parece defender. Y no en vano se dice *parece*, pues la

siguiente cita muestra que él es consciente de las dificultades que este término tiene precisamente para entablar un diálogo fructífero con pensadores no cristianos. Dice Ratzinger:

El derecho natural ha seguido siendo -sobre todo en la Iglesia católica- el argumento con el cual se apela a la razón común en el diálogo con la sociedad laica y con las demás comunidades religiosas y se buscan las bases para un entendimiento sobre los principios éticos del derecho en una sociedad laica y pluralista. Pero este instrumento, por desgracia, ha dejado de ser fiable, y por eso en esta conversación mía no quiero basarme en él (Habermas 2008, p. 61).

En esta cita se percibe con claridad la profundidad del pensamiento de Ratzinger. En vez de limitarse a apelar a la razón natural -ese principio al que siguen apelando la casi absoluta mayoría de los pensadores católicos- admite, no sin algo de pesar, que ese recurso ya no produce los efectos esperados en el diálogo con el mundo secular y por lo tanto no lo usa. Era necesario resaltar este detalle ya que esta manera de dialogar, atendiendo a las necesidades cognitivas del otro, puede ser mucho más fructífera para restablecer la confianza entre el pensamiento ético-religioso cristiano y el pensamiento ético-laico secular. Esto será así en la medida en que el pensamiento de Ratzinger sea más comprendido entre los propios católicos.

Ratzinger utiliza entonces una estrategia más fenomenológica y describe los principales rasgos de la interculturalidad y sus consecuencias.

Me parece que hoy es indispensable la dimensión intercultural para plantear la discusión sobre las cuestiones fundamentales acerca del hombre, que no se puede entablar pura y simplemente entre cristianos ni únicamente dentro de la tradición racionalista occidental. Es cierto que ambas perspectivas consideran como universal su auto-

comprensión, y quizá, *de iure*, lo sea. Sin embargo, *de facto*, deben reconocer que sólo son aceptadas e incluso comprensibles en determinados sectores de la humanidad (Habermas 2008, p. 63).

Para un autor *religioso* difícilmente se puede estar más abierto al diálogo secular contemporáneo sin comprometer en esa apertura los propios principios; un mal que ha tentado a más de un pensador *cristiano* contemporáneo. Y en el texto Ratzinger brinda un ejemplo concreto de a qué se está refiriendo. Cuando sobre la doctrina de los derechos humanos y la necesidad de interpretarla a *escala intercultural* menciona explícitamente dos ejemplos de espacios culturales distintos al occidental: “En el mundo hindú correspondería al concepto de *Dharma*, la ley interna del ser, y en la tradición china, a las ideas y a los mandatos celestiales” (Habermas 2008, p. 63). Y añade en una nota a pie de página:

Es obvio que el concepto de naturaleza y de ley natural basado en la fe en Dios Creador es profundamente distinto del concepto de ley universal del ser expresado en el concepto del *Dharma* y también del ‘universalismo’ chino. Pero precisamente esta diversidad debe provocar el diálogo (Habermas 2008, p. 63).

Nuevamente aparece aquí la lógica dialogal de Ratzinger. Lo interesante y provocador de su propuesta es que considera que la misma racionalidad occidental está sujeta a las tensiones propias de la globalización contemporánea. Lo que la pondría en una situación de similar competencia con los demás relatos cosmovisivos, ya que la intensa interconexión de la globalización tensiona a todos estos relatos que se ven en la necesidad de replantearse a sí mismos y sus relaciones con otros relatos. Sobre todo, como lo menciona Ratzinger aquellas visiones cosmovisivas que *de iure*,

por seguir con su terminología, tienen pretensiones universales. Sobre la racionalidad occidental comenta Ratzinger:

Yo no reduciría en absoluto la cuestión, al menos no necesariamente -tal como hicieron Carl Schmitt, Martin Heidegger y Lévi-Strauss-, a la situación europea, cansada, por así decir, de la racionalidad laica, por más que pueda parecer evidente a nuestra razón educada al estilo occidental, no es comprensible para toda *ratio*, en el sentido de que, como racionalidad, encuentra límites en su intento de hacerse inteligible. De hecho, su evidencia está ligada a determinados ámbitos culturales, y debe reconocer que, tal como es, no es reproducible en el conjunto de la humanidad y, en consecuencia, tampoco puede ser plenamente operativa a escala global. En otras palabras, no existe la fórmula universal racional o ética o religiosa en la que todos puedan estar de acuerdo y en la que todo pueda apoyarse. Por eso mismo la llamada ‘ética mundial’ sigue siendo una abstracción (2008, pp. 65-66).

Llegando al final de la ponencia de Ratzinger en el encuentro que sostuvo con Habermas, el entonces cardenal afirma que en cuanto a las consecuencias prácticas, está en gran parte de acuerdo con la postura habermasiana. Una nueva actitud entre el mundo secular laico y el religioso debe buscarse precisamente porque lo que ha demostrado la segunda mitad del siglo XX y el inicio del XXI es que, contra todas las predicciones racionalistas, el fenómeno religioso no ha desaparecido de las sociedades pluralistas y secularizadas de occidente, mucho menos de otros ámbitos culturales. “Por ello -dice Ratzinger-, yo hablaría de una correlación necesaria de razón y fe, de razón y religión, que están llamadas a purificarse y regenerarse recíprocamente, que se necesitan mutuamente y deben reconocerlo” (Habermas 2008, pp. 67-68).

Este encuentro todavía está lejos de concretarse, ya que persisten grandes prejuicios de ambas partes. Por eso este encuentro entre Ratzinger y Habermas es una señal esperanzadora de que esos espacios vayan surgiendo, precisamente por la necesidad de encontrar mecanismos para mejorar el sistema constitucional democrático. Dice Ratzinger:

Esta regla básica debe hallar una concreción en el contexto intercultural presente. Sin duda, los dos agentes principales en esta correlación son la fe cristiana y la racionalidad occidental laica. Esto se puede y se debe decir sin caer en un falso eurocentrismo. Ambas caracterizan la situación mundial como ninguna otra fuerza cultural. Pero ello no significa que nos podamos desentender de las demás culturas como si fueran una *quantité négligeable*. Ésta sería una forma de arrogancia occidental que pagaríamos muy caro, y en parte ya lo estamos haciendo. Es importante que las dos grandes componentes de la cultura occidental estén dispuestas a escuchar y desarrollen una auténtica correlación también con esas culturas. Es importante darles voz en el intento de una auténtica correlación polifónica en la que abran a la esencial relación complementaria de razón y fe, de modo que pueda crecer un proceso universal de purificación en el que al final puedan resplandecer de nuevo los valores y las normas que en cierto modo todos los hombres conocen o intuyen, y así pueda adquirir nueva fuerza efectiva entre los hombres lo que mantiene cohesionado el mundo (Habermas 2008, p. 68).

Esta larga cita, que es como concluye el texto de Ratzinger, muestra cómo el autor busca aportar a un diálogo polifónico. Si se lo está interpretando bien, lo interesante de la propuesta de Ratzinger radica en que tal diálogo no presupone la posibilidad de una *ética mundial*, en cuanto sería un intento de uniformización, que en úl-

tima instancia implicaría un desconocimiento de las reales diferencias culturales de la humanidad. Pero, al mismo tiempo, su propuesta no termina en el culturalismo relativista que en última instancia también desprecia la pluralidad al proponer una especie de coexistencia de guetos culturales.

Ratzinger propone, en cambio, una visión más realista. Él parte del presupuesto de que es posible una cierta unidad en la diversidad precisamente porque el vínculo común radica en la naturaleza humana. Desde esta perspectiva, la pluralidad cultural expresa precisamente la grandeza y complejidad de la naturaleza humana, que estará siempre en tensión por alcanzar un equilibrio entre libertad e igualdad que constituyen la manera que tienen las sociedades para crear sus normas o percibir los valores, siendo estos dos presupuestos para garantizar una vida armónica entre diferentes culturas cuando se da un choque cultural. Reconocer esta tensión e incluso protegerla sería para Ratzinger ese punto de consenso común que sería posible alcanzar. La racionalidad occidental laica, el pensamiento cristiano y las diversas religiones mundiales estarían llamadas a buscarse, no para fusionarse entre sí, sino para enriquecerse mutuamente por la vía de la interacción cultural de sus miembros. Sin duda el diálogo entre Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger es un gran ejemplo de aquello.

2. Análisis de la corriente relativista en sociedades contemporáneas

Precisamente en este punto llega a ser útil pasar al análisis del indirecto debate entre Rorty y Ratzinger. En él se discuten temas de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo como el relativismo y utilitarismo -tanto en una esfera estatal como en una esfera externa a éste-, y las tendencias que están adoptando las so-

ciedades en el Siglo XXI. Puede parecer poco probable que estos dos pensadores, de sobre manera influyentes en sus ámbitos, se reconozcan mutuamente y consideren importante el aporte filosófico de las posturas a las cuales representan, sin embargo, en el discurso pronunciado en Bratislava, Ratzinger le vincula explícitamente:

nos hemos tropezado ya con la figura de Hans Kelsen. Para él la relación entre religión y democracia sólo puede ser negativa. El cristianismo, que enseña verdades y valores absolutos, se hallaría de modo muy especial en oposición frontal al necesario escepticismo de la democracia relativista. La religión significa para Kelsen heteronomía de la persona, mientras que la democracia implica autonomía. Esto significa, además, que el punto esencial de la democracia es la libertad, no el bien, el cual aparece como una amenaza para la libertad. En la actualidad, el representante más conocido de esta concepción de la democracia es el filósofo del derecho americano R. Rorty. Su versión del enlace entre democracia y relativismo expresa bastante bien la conciencia del hombre medio actual, también la de los cristianos (2006b, p. 93 verdead valores poder).

Si hasta ahora se ha explicado bien el pensamiento de Ratzinger/Benedicto XVI resultará sencillo vincular esta cita con otras. La sutil referencia que hace al final sobre que la visión relativista, por una cuestión de época, es una visión ampliamente difundida incluso entre los cristianos, prefigura ya la famosa homilía en la que hablaba de la dictadura del relativismo. Vale la pena recordar, porque la tendencia humana a oponer conceptos está muy difundida, que este rechazo al relativismo radical no implica, como pensaba Kelsen, una postura autocrática de Ratzinger. Hasta el mismo Rorty lo reconoce explícitamente en aquella ponencia que es una especie de respuesta tardía a Ratzinger.

Con el término *fundamentalismo* a menudo uno se refiere a una invocación absurdamente acrítica de los textos de las Escrituras. No obstante ello, nadie podría hacer una acusación de ese tenor a un teólogo refinado como Benedicto XVI (Rorty 2009, p. 19).

El principal desencuentro entre los tres autores (Kelsen, Rorty y Ratzinger) está en un nivel estrictamente filosófico. Es decir, los tres autores están de acuerdo en que el mejor sistema político-jurídico es la democracia constitucional. La diferencia está en la fundamentación filosófico-jurídica que dan los tres para ello. Quizá para un político pragmático esta diferencia pueda ser menor, pero en un estudio como el presente ésta no puede pasar desapercibida. Lo primero que hay que hacer para entender esta diferencia es clarificar lo que significa relativismo filosófico para cada autor. Rorty empieza diciendo: “Suele utilizarse el término *relativismo* para definir la tesis, absurda en idéntica medida (al fundamentalismo), de que cualquier convicción moral es buena, exactamente como las demás. Pero ésa es una tesis que ningún filósofo intentó defender” (2009, p. 19). Y más adelante añade:

Se puede atribuir, no obstante, un significado útil y respetable al término *fundamentalismo*, simplemente usándolo para designar la tesis -propuesta por la Iglesia- de que los ideales sólo son válidos si están fundados sobre la realidad. De modo análogo, también el término *relativismo* adoptará un significado útil y respetable si se lo define simplemente como negación del fundamentalismo. Si nos atenemos a esta definición, los relativistas son sólo aquellos para quienes estaríamos mejor sin conceptos como obligaciones morales incondicionadas fundadas sobre la estructura de la existencia humana (2009, p. 19).

Rorty resume su postura utilitarista apelando explícitamente al clásico Stuart Mill y a George Santayana y a la noción de imaginación. Según estos, toda especulación filosófica y/o religiosa no es más que un producto de la imaginación humana y no tendría una correlación con la realidad. “No hay nada ya existente -dice Rorty- con lo cual hubieran de intentar corresponderse nuestras convicciones morales” (2009, p. 18). En este punto el filósofo norteamericano hace una referencia explícita al discurso del todavía cardenal Ratzinger sobre la *dictadura del relativismo*:

Aquella costumbre, que con desconsuelo el papa define como relativista, de dejarse llevar de un sitio al otro como por obra del viento es en cambio considerada por filósofos como yo la apertura a nuevas posibilidades, la disponibilidad para tomar en consideración todas las sugerencias acerca de aquello que podría aumentar la felicidad humana. Creemos que estar abiertos a un cambio de doctrina es el único modo de evitar los males del pasado (2009, p. 18).

Como se puede apreciar, aquí el filósofo analítico descontextualiza la frase y el pensamiento de Ratzinger, porque como se mencionó ese *desconsuelo* no se debía tanto a razones filosóficas, sino a cuestiones internas de la Iglesia católica. En todo caso, más importante es una debilidad en el razonamiento de Rorty. Más allá de un optimismo no justificado racionalmente, ¿en qué se basa él para afirmar que todos los nuevos cambios y posibilidades conducirán a aumentar la felicidad humana? No se está cuestionando el utilitarismo de Rorty, sino simplemente su creencia irracional de que todos los cambios aumentan la felicidad general. Al respecto dice Ratzinger:

La convicción mayoritaria difundida entre los ciudadanos es para Rorty el único criterio que se ha de seguir para crear el derecho. La democracia no posee otra filosofía ni otra fuente del derecho. Rorty es consciente de algún modo, sin duda, de la insatisfacción del puro principio mayoritario como fuente de verdad, pero opina que la razón pragmática, orientada por la mayoría, incluye siempre ciertas ideas intuitivas, por ejemplo, el rechazo de la esclavitud. En esto se engaña. Durante siglos, e incluso durante milenios, el sentir mayoritario no ha incluido esa intuición y nadie sabe durante cuánto tiempo la seguirá conservando. En Rorty opera un concepto vacío de libertad, que llega al extremo de considerar necesaria la disolución y transformación del yo en un fenómeno sin centro y sin naturaleza para poder formar concretamente nuestra intuición sobre la preeminencia de la libertad (2006b, pp. 93-94).

Rorty cree, nunca mejor empleado el término, que el progreso moral de la humanidad es necesario, sin dar mayor justificación de tal creencia. La observación de Ratzinger hace notar que nada asegura que los cambios en las ideas morales de la mayoría impliquen efectivamente un aumento en la felicidad humana, por seguir usando la terminología utilitarista de Rorty. La insistencia de Ratzinger en la necesidad de valores absolutos no tiene que ver con un supuesto carácter autocrático y/o conservador, sino con la necesidad de mantener en la humanidad la idea de que los derechos humanos son siempre inviolables porque cada ser humano tiene esos derechos de modo previo a las configuraciones estatales. En este sentido habla como representante de una razón ética.

Por otra parte, hoy hemos tomado conciencia todos de los problemas de una posición que considera fundamental y decisiva la verdad sobre la praxis democrática. En todos nosotros está

marcado profundamente a fuego el tema de la inquisición y la violación de la conciencia. ¿Cómo escapar al dilema? (Ratzinger, 2006b, pp. 89-90).

Aquí parece estar uno de los puntos más interesantes del pensamiento jurídico-político de Ratzinger. En contra de lo que se podría esperar de un representante de la tradición jurídico-política católica, el entonces cardenal, afirma tajantemente que el Estado no es fuente de verdad ni de moral. Esta idea, propiamente moderna del Estado, forma parte central de su pensamiento político-jurídico. Lo reconoce -y esto es bastante significativo- el propio Rorty:

El cardenal Ratzinger toma en consideración el hecho de que el relativismo no carece de recursos intelectuales, y admite que no se lo puede liquidar con ligereza, y con palabras que podrían haber escandalizado a Pío IX afirma que en el terreno de la política la visión relativista es en gran parte veraz (...) Lo que es relativo, la construcción de una vida en común y libremente ordenada para el hombre, no puede ser absoluto. El futuro Benedicto XVI sostiene que precisamente pensar que podría serlo fue el error del marxismo y de la teología política. Con todo, en su opinión, aun en el reino de la política uno no puede apañárselas con el relativismo absoluto (2009, pp. 20-21).

Esta descripción que hace Rorty del pensamiento político de Ratzinger es acertada, lo que hace pensar que el filósofo norteamericano se tomó el trabajo de leer y estudiar al entonces papa Benedicto XVI. Lo que no es un dato menor teniendo en cuenta que se trata de uno de los filósofos contemporáneos más influyentes en los Estados Unidos y Europa. Como se decía anteriormente, la influencia del pensamiento de Joseph Ratzinger/Benedicto XVI ha

traspasado las fronteras del catolicismo y ha sido reconocido por su profundidad, al grado de *merecer* este tipo de respuestas.

Retomando la cita de Rorty, habría que decir que el punto central de divergencia entre las corrientes iuspositivista de Kelsen-Rorty y el iusnaturalismo de Ratzinger radica en el relativismo gnoseológico, es decir, el debate sobre la capacidad del conocimiento de acceder a la verdad. Kelsen y Rorty explícitamente niegan esta capacidad. Lo interesante, si se los está interpretando adecuadamente, es que su negación está fuertemente influida por una especie de aprensión al absolutismo (autocracia diría Kelsen) político. Si existe una verdad cognoscible para el ser humano, quien la poseyera se vería obligado -lógicamente hablando- a castigar el error.

Esta aprensión es más que razonable si se tiene en cuenta la larga historia de la política humana. Y es que si el poder político construye un relato convincente sobre su legitimación absoluta, trascendente, religiosa, *verdadera*, la disidencia, la libertad de pensamiento serían simple estupidez, locura o simple maldad. Al parecer estos autores *relativistas*, usando la propia definición de Rorty, parecen preferir renunciar al pensamiento que correr el riesgo de caer en nuevos absolutismos. Y de estas ideas a la noción del pluralismo jurídico-político como algo necesariamente bueno, solo queda un paso.

Por eso es más que interesante descubrir un pensador como Ratzinger. Él también teme el resurgimiento del Estado absoluto. Él lo sufrió en su juventud bajo el nacionalsocialismo. Pero a diferencia de los autores *relativistas*, él no cree que la respuesta esté en una renuncia de la razón. Es más, Ratzinger ve precisamente en ese abandono la *mejor* posibilidad que tiene el Estado absoluto de regresar. Sin ninguna limitación superior al propio proceso políti-

co-jurídico, la administración del Estado, que es la administración de la violencia en una sociedad, queda simplemente librada a un juego de fuerzas; un juego en el que triunfará el que tenga más fuerza. Se trata de un retorno a la llamada *ley de la selva*, no en vano contrapuesta al Estado de derecho. “Si la mayoría tiene siempre la razón -como ocurre en el caso de Pilato- el derecho tendrá que ser pisoteado. Entonces lo único que cuenta, a fin de cuentas, es el poder del más fuerte, que la mayoría sabe disponer a su favor” (Ratzinger 2006b, p. 95).

Para un pensador moderno, en el sentido filosófico del término, el Estado no puede ser fuente de verdad ni de moral. En eso están de acuerdo los tres autores analizados. El fin del Estado moderno debería ser el de garantizar la libertad de las personas al garantizar un orden de convivencia razonable. Hasta aquí también están de acuerdo los tres. La diferencia aparece cuando se define el adjetivo *razonable*. Para los iuspositivistas como Kelsen y Rorty lo más razonable es renunciar a la razón. Para el iusnaturalista Ratzinger lo más razonable es sostener “un mínimo de verdad y de conocimiento del bien que no se puede someter a manipulación” (Ratzinger 2006b, p. 103).

3. Igualdad, libertad y Estado en el Siglo XXI

Un concepto clave para entender la temática que se está tratando es el de *igualdad*. Usualmente esta idea se ha expresado con formulaciones del tipo: *todos son iguales ante la Ley*. Pero varios problemas surgen cuando de ese deseo de igualdad entre los seres humanos se quiere alcanzar una igualación forzada de los mismos. La idea de que todas las personas sean iguales en todos los aspectos es irreal, porque con esto se estaría negando la pluralidad del

ser humano. Ciertos regímenes intentaron llevar a la práctica este deseo de igualdad de todos los individuos de una sociedad, siendo muy conscientes que para ello tenían que limitar la libertad de las personas, buscando una falsa igualdad.

La igualdad de la que se habla en los textos constitucionales es la igualdad en derechos fundamentales de la que deben gozar todos los individuos dentro de una sociedad. También es cierto que con ésta no se solucionaron todos los problemas de desigualdad, pero sí fue el primer paso efectivo para que se respeten las garantías fundamentales de los sujetos:

Esta máxima (igualdad de todos) corre y recorre el amplio arco de todo el pensamiento político occidental, desde los estoicos al cristianismo primitivo, para renacer con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir forma filosófica en Rousseau y los socialistas utópicos, y expresarse en forma de verdadera y propia regla jurídica en las declaraciones de los Derechos Humanos, desde finales del siglo XVIII hasta hoy (Bobbio 1993, p. 68).

Estas garantías de protección de las principales libertades y derechos de todas las personas que debe brindar el Estado se expresaron en forma de norma jurídica para todos los miembros de esa misma sociedad, para no ser vulneradas por el mismo Estado que las garantiza. Bobbio reconoce esta igualdad en la naturaleza común del hombre al decir:

La idea que la máxima [igualdad de todos] expresa es la de que los hombres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades, que según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana distinta de la naturaleza de los demás seres,

como el libre uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de poseer, la dignidad (1993, p. 69).

Es pertinente en este punto desarrollar el concepto de igualdad en la capacidad jurídica. Este concepto se refiere a que todas las personas, sin importar sus características, deben gozar de la misma capacidad de adquirir derechos. Esto es lo que hace a cualquier individuo de un grupo social, parte activa de esa sociedad. Con esto, no se critican las condiciones, toda vez que estas sean objetivas y razonables (como el ser mayor de edad para tener plena capacidad jurídica, por ejemplo) que un determinado Estado puede poner para que se goce de una plena capacidad jurídica, condiciones que no deben formar parte de razones de origen, religión, raza, etc.

Algunos hombres son ‘iguales’, o en el límite, ‘ningún’ hombre es igual a otro, el liberalismo niega la máxima no respecto de la totalidad de los sujetos, sino de la totalidad (o casi totalidad) de los bienes y males respecto de los cuales los hombres habían de ser iguales, es decir admite la igualdad de todos no en todo (o casi todo) sino sólo en una cosa y este ‘alguna cosa’ suelen ser habitualmente los así llamados derechos fundamentales, o naturales, o como se dice hoy, Derechos Humanos, que son además las diversas formas de libertad, personal, civil y política, que han sido enumeradas sucesivamente por las distintas constituciones de los Estados nacionales desde finales del siglo XVIII hasta hoy (1993, pp.89-90).

Esta larga cita de Norberto Bobbio resume muy bien el fundamento de todo Estado moderno, más aún, de un Estado de derecho. Este reconocimiento de igualdad en los derechos fundamentales es

la piedra angular sobre la cual las sociedades contemporáneas tratan de alcanzar los ideales de justicia y armonía social.

Ahora bien, habiendo analizado la temática y los límites que debe tener la igualdad en una sociedad moderna, es necesario hacer un breve análisis de lo que puede pasar cuando se intenta igualar a las personas de manera forzada, pasando de ser igualdad a uniformidad de las personas. Como ya se había mencionado brevemente, estas medidas se llevan a cabo solamente a través del abuso estatal. En tales casos el valor contra el que se atenta es el de la libertad personal.

Esta libertad es también uno de los derechos fundamentales que el Estado debería respetar y proteger. Es más, esa es la principal función que el Estado constitucional debería cumplir; ser el garante de los derechos fundamentales de las personas, por tal libertad se luchó en las grandes revoluciones del siglo XVIII:

como liberación de un sistema político y legislativo concentrado en un restringido círculo de la clase dominante que se transmite el poder hereditariamente, incontrolado, arbitrario, despótico, concentrado, frente al cual el individuo singular no goza de garantía alguna contra el abuso del poder (Bobbio 1993, p. 134).

La naturaleza humana de la que se hablaba tiene como una de sus características principales la libertad. Pero la libertad en los Estados constitucionales es reconocida por el Estado como una característica humana previa incluso a la conformación estatal. Ratzinger expresa esta idea de la siguiente manera:

La libertad no se le concede al hombre desde fuera. El hombre tiene derecho porque fue creado libre. De este pensamiento procede la idea de los Derechos Humanos como carta magna del

movimiento a favor de la libertad. Cuando en ella se habla de la naturaleza no se piensa sencillamente en un sistema de desarrollos biológicos, sino que se dice que con anterioridad a todas las estructuras y ordenamientos jurídicos, existen derechos en el hombre mismo, en virtud de su propia naturaleza. La idea de los Derechos Humanos, entendida en este sentido, es en primer lugar una idea revolucionaria: se halla en contra del absolutismo del Estado (2006a, p. 206).

Este es un punto importante, se ha establecido que lo principal que un Estado debe brindar a sus ciudadanos es libertad, libertad de pensamiento, libertad física, etc. El Estado debe ser su garante frente a abusos de terceros y frente a los abusos que el mismo Estado puede cometer. De modo que el Estado, como institución dentro de una sociedad, brinda tales garantías limitando ciertos comportamientos, fomentando otros y/o siendo indiferente o incompetente sobre otros. Esa intención reguladora del Estado es la que configura el Derecho.

Una sociedad sin instituciones que cumplan estas funciones, caería en la anarquía, en el abandono de toda norma. Estas situaciones, si bien son extremas, no deben dejar de ser advertidas. Diversas corrientes de pensamiento argumentan que una sociedad sin clases, sin instituciones, llevaría a un Estado óptimo del hombre, que sería como volver a un estado natural del hombre. Pero en esta sociedad anárquica se perderían los valores que rigen en una sociedad, los valores que han llevado a la configuración del derecho constitucional.

A partir de esas ideas y principios los Estados modernos han ido evolucionando, unos más que otros, en la búsqueda de un cierto

equilibrio entre libertad e igualdad. El equilibrio entre la libertad de obrar según la conciencia pero dentro de límites, que son las garantías legales que tienen las demás personas. El sistema constitucional moderno procura que la comunidad sea la fuente de sus propias leyes y rija sus comportamientos. Además, bajo los parámetros de una constitución escrita, se busca el equilibrio de los poderes del Estado como la mejor manera de evitar la concentración de poder; porque cuando el poder se concentra termina siempre en autoritarismo y, desde el siglo XX, incluso en totalitarismos. Por eso Ratzinger afirma: “La obediencia al Derecho no es impedimento de la libertad, sino condición suya” (1993, p. 91).

Un derecho debe ser igual para todos los miembros de una sociedad, sin importar su origen étnico, social, cultural o religioso, ni cualquier otra situación que sirva de excusa para que un sujeto pueda ejercer esos sus derechos. Debe considerarse que una vez establecidos los órganos que ejercerán las funciones de crear, aplicar y ejecutar el derecho, es vital que ellos y toda institución que produzca derecho refleje las convicciones morales comunes dentro de una sociedad, ya que como afirma Ratzinger: “Sin convicciones morales comunes las instituciones no pueden durar ni surtir efecto” (2006b, p. 38).

Las limitaciones a la libertad que se hacen en nombre del derecho tienen, en principio, la finalidad de evitar los abusos que una libertad ilimitada tendría en cualquier sociedad. Sin la idea moral de que los derechos personales deben ser considerados inviolables, cualquier mayoría o grupo de presión impondría sus intereses sobre el resto. La historia también ha mostrado las grandes atrocidades que se pueden cometer en nombre de la mayoría, el pueblo o la voluntad popular. Por eso los Estados constitucionales han ideado

diversos mecanismos que eviten ese tipo de atropellos, o más técnicamente hablando, que eviten el surgimiento de una democracia directa. Aunque el nombre puede sonar atractivo, una especie de profundización del principio democrático, su puesta en práctica resultará siempre en la imposición de la voluntad o los intereses de un grupo en nombre de la mayoría. “La democracia constitucional que, como democracia parlamentaria no representa una democracia directa, sino representativa, que no es vehículo de una total ausencia de autoridad, sino una forma de ejercer la autoridad y de mantenerla bajo control” (Ratzinger 2005b, p. 22).

Por una comprensión errónea de los derechos que debe brindar un Estado se ha llegado a la relativización de valores fundamentales para las personas en las sociedades del siglo XXI. Progresivamente diferentes grupos sociales, que en un principio podían verse como víctimas ante la falta de protección de ciertos derechos por parte del Estado o la sociedad misma, fueron cambiando la perspectiva o concepción social que se tenía respecto a esos derechos. Es por eso que en estas últimas dos décadas hubo tantos cambios en políticas respectivas a derechos fundamentales como vida, libertad e igualdad.

El pensamiento que el presente texto pretende dar a conocer es el que sigue la línea de J. Ratzinger, la cual expresa que no porque la mayoría considere como *bueno* algún acto o pensamiento, éste deba ser considerado como tal. Se pretende expresar la verdadera importancia que los valores fundamentales tienen en la vida actual, y su incidencia en el camino hacia un Estado de derecho real.

Con todas estas reflexiones se ha querido mostrar que los Estados constitucionales modernos, con todas las imperfecciones que pue-

dan todavía tener los diversos casos concretos, son el mejor intento que los seres humanos han encontrado para equilibrar, distintas tensiones y valores para generar sociedades lo más armónicas y ordenadas posibles. Ya que muchos autores, en nombre de *denunciar* las diversas y reales imperfecciones de los sistemas constitucionales, atentan contra sus bases mismas, poniendo en riesgo su continuidad en el tiempo.

Se ha dejado el análisis más profundo de las dos últimas temáticas tratadas para esta parte del trabajo para llevarlo a cabo en conjunto, toda vez que son temáticas claramente interrelacionadas y, para efectos de este manuscrito, indivisibles. Además que se hará el correspondiente análisis de la incidencia de las corrientes filosóficas contemporáneas en el pensamiento de Joseph Ratzinger y de los demás autores citados.

No es un hecho desconocido que las sociedades con el paso del tiempo cambien su percepción de ciertos conceptos que rigen la vida de las personas, y estos cambios son en gran medida saludables para el progreso humano, sin ellos no se habrían superado las barreras de los Estados absolutistas, por ejemplo. No sería pertinente volver a un análisis profundo de las ideas expuestas en el primer punto, bastará simplemente mencionar que hay percepciones que aún con el pasar de los tiempos deben permanecer intactas dentro de las sociedades. Es en este punto que se explica el pensamiento de Ratzinger en cuanto al relativismo en los Estados democráticos, al explicar que en lo que respecta a la dignidad humana, reflejada en valores como la libertad, la igualdad en derechos fundamentales y el respeto a la vida, no puede haber un espacio para la duda.

Es importante resaltar la coincidencia en el pensamiento de Bobbio con el de Ratzinger al destacar enfáticamente que el respeto a

los valores anteriormente mencionados es lo que condujo a la conformación de los Estados constitucionales modernos en contravención a los Estados absolutistas de los siglos XVIII y XIX, así como de los Estados totalitarios en la primera mitad del siglo pasado. Sin embargo, aún en estas sociedades del Siglo XX, en las que ya existía una concepción de un Estado de derecho, durante décadas se manifestaron corrientes que pusieron en duda la importancia de estos fundamentos que preceden al Estado mismo. De esta manera, se puede percibir tangiblemente que en este tiempo, ya entrado el Siglo XXI nuevamente y con mucha más fuerza, se están presentando muchos cuestionamientos acerca de la importancia de estos fundamentos en la vida humana. No es una tarea ajena al derecho la búsqueda de soluciones para estos conflictos.

Ratzinger no se queda indiferente a estas tendencias en las sociedades actuales por las cuales se están relativizando valores esenciales en la vida humana, conduciendo a su desvalorización. El Estado cada vez regula más aspectos de la vida humana: paradójicamente la libertad, valor fundamental en los Estados democráticos y derecho primario para Ratzinger, está siendo coartada y vulnerada en ciertos aspectos (libertad de económica, de producción, de comercio, de tránsito, etc.) o el valor de la vida, especialmente la humana, en muchas ocasiones se encuentra desvalorizado con medidas que no le dan una protección debida. Es por esta razón que es de gran importancia en tiempos actuales analizar, y por qué no, llevar a la práctica en la vida política actual pensamientos como el de Joseph Ratzinger, siguiendo sobre todo un derecho que se guíe por la razón, en defensa de las garantías principales que deben proteger la seguridad jurídica de las personas y respetando el valor fundamental de la libertad.

Es en este punto que se sustenta la tesis del presente trabajo, como se demostró en la primera parte, efectivamente existen presupuestos de la vida humana que preceden al Estado y ni siquiera éste debe alterarlos, mucho menos descartarlos. Se vio incluso cómo Habermas reconoce, coincidiendo con Ratzinger, que estas bases existen y que ni el mismo Estado puede valerse de ellas si se quiere llegar a un Estado de derecho real. Justamente es por este motivo que se le debe dar una importancia en el ámbito jurídico-académico a la temática expuesta para que se puedan sentar las bases de un Estado democrático en la teoría y en la práctica en las sociedades contemporáneas para alcanzar un Estado de derecho.

4. Referencias

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Habermas, J y Ratzinger, J. (2008). *Entre Razón y Religión*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Ratzinger, J. (2005a). *¿Democracia en la Iglesia?* Madrid: Artes Gráficas Gar.Vi.
- Ratzinger, J. (2005b). *Iglesia, ecumenismo y política*. Madrid: BAC
- Ratzinger, J. (2006a). *Fe, Verdad y Tolerancia*. Salamanca: Gráficas Verona S.A.
- Ratzinger, J. (2006b). *Verdad, Valores, Poder*. Madrid: Ediciones RIALP S.A.
- Rorty, R. (2009). *Una Ética para Laicos*. Buenos Aires: Katz Editores.

La revista y sus normas de publicación

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

La revista inicia su primera publicación en el año 2017. Está a cargo de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB), regional La Paz.

La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas científicas originales que contengan aportes teóricos, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, diálogo plural y la generación de buenas prácticas en el marco del respeto a los derechos humanos.

Normas de publicación

Especificaciones

1. Se entiende por manuscrito el texto original que se presenta/propone para una publicación.
2. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso o electrónico, la cesión de los derechos de autor para su divulgación, la aceptación de las normas de la UCB y de la revista, así como su sometimiento a ellas.
3. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de sus autores/as y no necesariamente reflejan la posición de la UCB.
4. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia *reconocimiento – no comercial – compartir igual* (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras deriva-

- das, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.
5. Las investigaciones deben respetar los estándares aceptados de ética académica, ser razonablemente originales y pertenecer a los/as autores/as referidos en ellas. Asimismo, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad y/o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas luego.
 6. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar *investigador/a independiente*.
 7. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.
 8. La revista publicará investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito por pares evaluadores.
 9. Las comunicaciones entre la revista, los/as autores/as y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.
 10. La revista se publicará dos veces por año en los meses de abril y octubre. La recepción de los manuscritos será continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempos de publicación de los manuscritos recibidos y que hubiesen sido aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande el proceso de observación-corrección-aprobación de la investigación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número de la revista en razón al criterio que libremente decida.
 11. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

Presentación y estilo

12. Los manuscritos deberán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel*.
13. Los manuscritos deberán adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 6ª edición en inglés o su 3ª edición en español, salvo en los siguientes aspectos:
 - i. No será necesario encabezado.
 - ii. Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
 - iii. La primera página debe contener:
 - Título en español e inglés.
 - Nombre de los/as autores/as con un asterisco de llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de correo electrónico y financiador de la investigación (si existiera).
 - Resumen en español y *abstract* en inglés, cada uno con un máximo de 200 palabras.
 - Palabras clave en español e inglés.
 - iv. Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No se admite incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.
 - v. Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número y/o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). Para evitar la redundancia se salvan los ca-

sos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

vi. Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). Para evitar la redundancia se salvan los casos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

14. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 15000 palabras.

Proceso de evaluación

15. La revista publicará principalmente investigaciones arbitradas por pares académicos.

16. Los manuscritos serán evaluados por el consejo editorial, que podrá aceptarlos o rechazarlos. En caso de aceptación, cada artículo será editado y posteriormente remitido a dos árbitros.

17. Para emitir sus evaluaciones, los/as árbitros contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

18. Las observaciones que se comuniquen a los/as autores/as deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor responsable.

19. La revista otorgará un patrón de criterios de evaluación a los/as árbitros respecto a la originalidad, aporte teórico, pertinencia, claridad, rigor científico y coherencia de la investigación. La opinión de los/as árbitros de aceptación o

rechazo de la investigación debe ser motivada. El editor responsable comunicará la aceptación o rechazo del manuscrito a los/as autores/as, pudiendo mantener en reserva la motivación.

Principios y normas de carácter ético¹

20. Respeto de los editores:

- i. La evaluación de los manuscritos presentados sucederá exclusivamente respecto a su mérito académico (importancia, originalidad, validez del estudio, claridad y coherencia) y su relevancia para el alcance de la revista. No se tendrá en cuenta raza, orientación sexual, religión, origen étnico, filosofía política o afiliación institucional.
- ii. Las decisiones de editar y publicar no están determinadas por las políticas de los gobiernos ni de ninguna otra institución fuera de la propia revista. El editor responsable tiene plena autoridad sobre todo el contenido editorial de la revista en resguardo de su misión y objetivo, así como del momento de publicación de dicho contenido.
- iii. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado y hasta su publicación, salvo a los/as autores/as correspondientes, los revisores, otros asesores editoriales y el editor responsable, según corresponda.

¹ Se adoptan y adaptan voluntaria y libremente como guía los *Código de Conducta y mejores guías prácticas para editores de revistas* y el *Código de conducta para editores de revistas* o *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors and the Code of Conduct for Journal Publishers* que corresponden al *Committee on Publication Ethics* (COPE). Se aclara que ni la revista ni sus editores pertenecen a este Comité. Estos documentos originales y ampliados pueden ser recuperados en su versión en idioma inglés del sitio web: http://publicationethics.org/files/Code%20of%20Conduct_2.pdf

- iv. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.
- v. Los editores se recusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as, empresas o instituciones relacionadas con los documentos. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.
- vi. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de al menos dos revisores expertos/as en el campo. El editor responsable decidirá cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basado en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. El editor responsable puede consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.
- vii. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

21. **Respecto de los revisores:**

- i. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con los/as autores/as pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.
- ii. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible, debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.
- iii. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por el editor responsable en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.
- iv. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que los/as autores/as puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal de los/as autores/as es inapropiada.
- v. Los/as revisores/as deben identificar el/los trabajo/s publicado/s relevante/s que no haya sido citado por los/as autores/as. Cualquier observación, derivación o argumentación que se sustente en publicaciones anteriores debe ir acompañada de la citación pertinente. El/la revisor/a también debe notificar a los editores cualquier semejanza

sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.

- vi. Cualquier árbitro invitado que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as o instituciones relacionadas con la investigación debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.
- vii. El material no publicado revelado en una investigación enviada no debe ser utilizado en la investigación de un/a revisor/a sin el consentimiento expreso por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para la ventaja personal del revisor. Esto también se aplica a los revisores invitados que rechazan la invitación de revisión.

22. Respeto de los/as autores/as:

- i. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, los/as autores/as de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguido de una discusión objetiva de la importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.
- ii. Se puede pedir a los/as autores/as que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público.

En cualquier caso, los/as autores/as deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos 10 años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

- iii. Los/as autores/as deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente el trabajo y/o palabras de otros/as si los han utilizado. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico de otro/a autor/a como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación poco ético y es inaceptable.
- iv. Los/as autores/as deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de conversación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Los/as autores/as no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de los/as autores/as del trabajo involucrado en estos servicios.
- v. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, los/as autores/as no deben someter a consideración una investigación que ya

ha sido publicada en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones, protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: los/as autores/as y editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario y la referencia primaria debe ser citada en la publicación secundaria.

- vi. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas como autores/as en el manuscrito, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (i) contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis / interpretación del estudio; (ii) quien redactó el manuscrito o lo revisó críticamente con contenido intelectual importante; iii) quien vio y aprobó la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados no deben ser listadas como autores/as, sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de los colaboradores). El/a autor/a correspondiente debe asegurarse que todos los/as coautores/as apropiados estén incluidos en la lista de autores/as y verificar que todos/as ellos/as hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación para publicación.
- vii. Los/as autores/as deben, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una de-

claración escrita en el momento de presentar el manuscrito, así como la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para el trabajo deben ser reveladas.

- viii. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, los/as autores/as deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Los/as autores/as también deben incluir una declaración en el manuscrito que el consentimiento informado se obtuvo para la experimentación con los participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.
- ix. Los/as autores/as están obligados/as a participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *revisiones necesarias*, los/as autores/as deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

- x. Cuando los/as autores/as descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los editores o editores de la revista y cooperar con ellos para corregir su manuscrito mediante una errata o retractación. Si los editores conocen a través de terceras personas que un manuscrito publicado contiene errores o inexactitudes significativas, entonces será obligación de los/as autores/as corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

23. Respeto de la editorial:

- i. En casos de presunta mala conducta científica, publicación fraudulenta o plagio, el editor responsable, en estrecha colaboración con los editores, tomará todas las medidas apropiadas para aclarar la situación y modificar el artículo en cuestión. Esto incluye la pronta publicación de un *erratum*, aclaración o, en el caso más grave, la retracción del trabajo afectado. Además, tomarán medidas razonables para identificar e impedir la publicación de documentos donde se ha producido mala conducta de investigación y en ningún caso fomentar dicha mala conducta o permitir conscientemente que dicha conducta se produzca.
- ii. El editor responsable se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica y asegura su accesibilidad.



UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
"SAN PABLO"
Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz
www.ucb.edu.bo
ucblawreview.wordpress.com