

AÑO NO. 1
NOVIEMBRE
2020

SAPIENTIAE

U
M
H

REVISTA CIENTÍFICA

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE HONDURAS

VOLUMEN I



UNIVERSIDAD
METROPOLITANA
DE HONDURAS

Universidad Metropolitana de Honduras

**REVISTA
UMH SAPIENTIAE**



REVISTA ANUAL
VOLUMEN I
AÑO 2020

El contenido emitido de cada artículo / ensayo es responsabilidad de su autor.

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA DE LA REVISTA

Juana Rosario Duarte Galeas
Rectora
 Universidad Metropolitana de Honduras

EDICIÓN

Cindy Paola Arauz Saucedo
**Coordinadora de Evaluación y Supervisión
 Institucional**
 Universidad Metropolitana de Honduras

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Andree Salgado Mejía
Coordinador de la Carrera de Derecho
 Universidad Metropolitana de Honduras

Ricardo Antonio Del Cid Figueroa
Coordinador de la Carrera de Ingeniería Informática
 Universidad Metropolitana de Honduras

Gabriel Alejandro Ochoa Quiroz
Catedrático Carrera de Derecho
 Universidad Metropolitana de Honduras

Yuri Fortín Duarte
Director Sistema Educación Presencial
 Universidad Metropolitana de Honduras

Patricia Jeanneth Rodas Andino
Sistema Bibliotecario
 Universidad Nacional Autónoma de Honduras

CONSEJO CIENTÍFICO

Orlando José Martínez Arrazola
Catedrático
 Universidad Nacional Autónoma de Honduras

Rafael Andree Salgado Mejía
Coordinador de la Carrera de Derecho
 Universidad Metropolitana de Honduras

Enrique Flores Rodríguez
Catedrático Posgrado
 Universidad Metropolitana de Honduras

Gabriel Alejandro Ochoa Quiroz
Catedrático Carrera de Derecho
 Universidad Metropolitana de Honduras

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Juana Rosario Duarte Galeas
Rectora

Gloria Marina Ochoa Medina
Vicerrectora Académica

Carlos Roberto Valle Flores
Secretario General

Francisco Adolfo Padilla Salinas
Vicerrector de Administración y Finanzas

Karen Regina Aceituno Barahona
Vicerrectora de Educación a Distancia

Julio César Figueroa Sandrez
Vicerrector de Posgrados

Armando Ernesto Enamorado Blanco
**Vicerrector de Relaciones Nacionales e
 Internacionales**

EDICIÓN, ARTE Y DIAGRAMACIÓN

Gustavo A. Ferrufino
Diseñador gráfico
 Universidad Metropolitana de Honduras

UMH - Sapientiae

Año No. 1/Volumen I/ noviembre 2020
 Edificio Plaza Colprosumah, Blvd. Juan Pablo II, Frente a la
 Plaza Paseo Juan Pablo, Tegucigalpa MDC, CA Honduras.
 Correo electrónico: revistasapientiae@umh.edu.hn



PRÓLOGO

La revista científica **UMH Sapientiae** de la Universidad Metropolitana de Honduras (UMH), surge con el propósito de potenciar uno de los roles más importantes de toda Institución de Educación Superior, “la generación de conocimiento” como mecanismo de desarrollo social. Es así, que a través de las publicaciones científico-académicas se pretende visibilizar el trabajo de profesionales comprometidos con la sociedad, poniendo a disposición sus escritos como fuentes de consulta.

En esta ocasión, se presenta el primer volumen de la revista, un proyecto alineado con objetivos institucionales y que responden a una necesidad de transformar el papel de toda una comunidad estudiantil. La línea multidisciplinaria permite integrar trabajos denominados; artículos científicos, ensayos académicos y artículos de opinión. Asimismo, la temática es acorde a la época actual, fomentando la reflexión y la crítica constructiva.

El contenido de la revista, en general, nos traslada a un contexto integrador, que incluye aspectos relacionados con el proceso penal hondureño; estrategias y habilidades parentales para padres privados de la libertad; violencia intrafamiliar y el proceso de mediación familiar que existe en Chile; la bioética y los derechos humanos; la esclavitud contemporánea desde la jurisprudencia interamericana y la filosofía de Byung-Chul Han; la influencia de la constitución española sobre la hondureña y el fideicomiso.

En específico, el catedrático de posgrado en la Universidad Metropolitana de Honduras y Máster en Derechos Humanos, Enrique Flores Rodríguez

en su artículo: *Los incidentes, excepciones y nulidades del proceso penal hondureño* establece la inseparable relación que tiene el proceso penal hondureño con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo el alcance y características que tienen los incidentes, las nulidades y excepciones del proceso penal hondureño.

Asimismo, el Máster en Desarrollo Humano, Sebastián Ignacio Fernández Díaz con su artículo: *Programa papá desde adentro: estrategias y habilidades parentales para padres privados de la libertad* sintetiza y rescata una serie de aprendizajes y experiencias de un programa de intervención para el desarrollo de estrategias parentales para padres privados de la libertad de la Ciudad de México, que se realizó entre el año 2018 y el 2020.

También, la Trabajadora Social, Mediadora Familiar y Facilitadora del Programa en Parentalidad Positiva (Triple P), Tamara Valeria Evert Díaz, nos comparte el artículo: *Violencia intrafamiliar y el proceso de mediación familiar en Chile* en el cual expone la necesidad de analizar si la violencia intrafamiliar es mediable o no, para reconocer que a pesar de que existan medidas para la erradicación de la violencia siempre es una materia que debe someterse a un análisis crítico para mejorar aquellas políticas públicas que se encuentran vigentes en Chile.

El Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Doctor en Derechos Humanos, Alejandro Rosillo Martínez en su artículo: *El Bioderecho: relación entre la bioética y los derechos humanos* se aborda el Bioderecho como una disciplina



que tiene su fundamento en la relación entre la bioética y los derechos humanos, en cuanto estos se comprenden que son principios que en su aplicación afectan cuestiones del desarrollo de la vida humana. Se desarrolla el concepto de derechos humanos, su calidad de normas principialistas y se muestran ejemplos de la manera en que el Poder Judicial de la Federación de México los ha aplicado en cuestiones bioéticas.

Además, el Coordinador de la Carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana de Honduras y Maestro en Derechos Humanos, Rafael Andree Salgado Mejía con su ensayo: *Esclavitud contemporánea desde la perspectiva de la jurisprudencia interamericana y la filosofía de Byung-Chul Han* hace un análisis y consecuentemente un comparativo entre el concepto de esclavitud contemporánea realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Hacienda Brasil Verde Vs Brasil y la definición elaborada por Byung-Chul Han a través de sus diversas obras, como ser, psicopolítica; la sociedad del cansancio y la agonía del Eros.

El Catedrático en la Carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana de Honduras y Máster en Derecho Constitucional, Jorge Alberto Taylor Santos con su ensayo académico: *Influencia de la constitución española de 1978 en la constitución hondureña de 1982* realiza un análisis contrastando los textos constitucionales de España y Honduras, de 1978 y 1982 respectivamente, a fin de identificar cual fue la influencia que pudo ejercer la Constitución española, en el texto constitucional hondureño, y de esta forma determinar que instituciones o cláusulas, son una incorporación de las mismas en el ámbito nacional hondureño.

Finalmente, el Catedrático en la Carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana de Honduras y

Máster en Administración de Empresas, Igor Alduvin Ruiz López, contribuye el artículo de opinión titulado: *El Fideicomiso: antecedentes históricos, concepto y su regulación en Honduras* en el cual se realiza un análisis sobre los antecedentes históricos del Fideicomiso; sobre las nociones generales de ese instituto, y; su regulación en el ordenamiento jurídico hondureño con el propósito de facilitar un artículo orientador sobre este tema.

La publicación de este primer volumen de la revista UMH-Sapientiae es producto del enorme esfuerzo de cada uno de los miembros del consejo editorial, consejo científico y por supuesto, de la contribución de cada autor y autora, nacionales como internacionales, por lo cual a todos les agradezco y felicito por esta gran contribución a la academia e invito a disfrutar de tan variadas e interesantes lecturas.



Juana Rosario Duarte Galeas
Rectora
Universidad Metropolitana de Honduras

ÍNDICE

1

ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

Los incidentes, excepciones y nulidades del proceso penal hondureño
Enrique Flores Rodríguez

Programa papá desde adentro: estrategias y habilidades parentales para padres privados de la libertad

Sebastián Ignacio Fernández Díaz

Violencia intrafamiliar y el proceso de mediación familiar en Chile

Tamara Valeria Evert Díaz

2

ENSAYOS ACADÉMICOS

El Bioderecho: relación entre la bioética y los derechos humanos

Alejandro Rosillo Martínez

Esclavitud contemporánea desde la perspectiva de la jurisprudencia interamericana y la filosofía de Byung-Chul Han

Rafael Andree Salgado Mejía

Influencia de la constitución española de 1978 en la constitución hondureña de 1982

Jorge Alberto Taylor Santos

3

ARTÍCULOS DE OPINIÓN

El Fideicomiso: antecedentes históricos, concepto y su regulación en honduras

Igor Alduvin Ruiz López

4

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Requisitos para publicar en la revista

SAPIENTIAE

REVISTA CIENTÍFICA



1

ARTÍCULOS CIENTÍFICOS



LOS INCIDENTES, EXCEPCIONES Y NULIDADES DEL PROCESO PENAL HONDUREÑO

THE INCIDENTS, EXCEPTIONS AND ANNULMENTS OF THE HONDURAN CRIMINAL PROCESS



Enrique Flores Rodríguez
Máster en Derechos Humanos por la
Universidad Autónoma de San Luis Potosí
enrique.flores@umh.edu.hn
Honduras

RESUMEN

El presente trabajo pretende establecer de forma general, pero clara, la íntima relación que tiene el proceso penal con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Estableciendo el alcance y características que tienen los incidentes, las nulidades y excepciones del proceso penal hondureño.

PALABRAS CLAVES: Debido proceso, legalidad, proceso penal, incidentes, nulidades y excepciones.

ABSTRACT

This paper seeks to establish in a general but clear manner the intimate relationship that the criminal process has with the fundamental rights constitutionally established and protected by

1 La metodología práctica se ocupa de conocer la forma en que resuelven los jueces (o un órgano administrativo) una controversia jurídica. Se preocupa por su razonamiento, por sus criterios de argumentación, por la forma en que son capaces de interpretar las normas en el caso específico resuelto por ellos. De modo tal que se pueda construir de forma ordenada y lógica, un método que servirá para que otros jueces o doctrinarios hagan lo mismo. Este razonamiento resulta atractivo no sólo para la metodología del derecho, pues, en vista de que los jueces tienen que motivar sus sentencias, mediante razonamientos congruentes del veredicto al que llegó él o ellos (cuando es colégiado) o el jurado (si el sistema los utiliza) en un caso concreto; es comprensible que esta forma de trabajar haya ocasionado que la epistemología también le preste atención. Así, Popper utiliza este razonamiento para sostener que las hipótesis científicas (o la decisión final a la que llega el jurado), no pueden ser inferidas por procedimientos inductivos, sino que únicamente pueden justificarse “por medio de otros enunciados –o deducirlos lógicamente de ellos–:

2 Para Sánchez Zorrilla (2011) existen dos preocupaciones con este método. La primera preocupación que tienen es saber qué significa el texto de una norma; es decir, exponernos qué casos resuelve esa norma (o normas), o, en segundo lugar, decirnos cuál es la respuesta adecuada a un problema planteado. En ambos asuntos las investigaciones doctrinales cumplen el rol de manuales¹⁸. Por lo cual, la doctrina actual, casi unánimemente, sostiene que las construcciones dogmáticas tienen que cumplir un fin práctico.

international human rights law. It establishes the scope and characteristics of incidents, nullities and exceptions in the Honduran criminal process.

KEYWORDS: Due process, legality, criminal process, incidents, nullities and exceptions.

METODOLOGÍA

Metodología de la Investigación jurídica: Para el presente trabajo se utilizó la metodología práctica¹, con el fin de facilitar el estudio y razonamiento con el cual en la práctica judicial se ha venido construyendo y tipificando las distintas clases de incidentes, nulidades y excepciones. Ante esto, el método de la doctrina, permite cuadrar de forma ordenada los diversos estamentos que, por sí solos en la legislación son difíciles de distinguir, sin una guía o una estructura doctrinal, para definir, clasificar e identificar los supuestos procesales que acarrea la litis práctica del debido proceso en el ámbito judicial². Esta Metodología de la Investigación jurídica permitió el estudio y análisis de la legislación procesal penal vigente en Honduras, mediante el vivo intercambio entre la doctrina, la jurisprudencia y la ley. Basada en la corriente de investigación jurídico pura -desarrollada por Sánchez Zorrilla sirven como herramientas prácticas para dilucidar dentro de una norma su contenido y estructura, algo indispensable en el trabajo para lograr identificar el grado de nexo entre la norma procesal y el estándar del debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal tiene como fin asegurar la realización de la justicia, en cada uno de los casos sometidos a él, garantizando con ello el acceso adecuado y efectivo para que las partes pueden adentrarse en igualdad de condiciones. Por tanto,



es preciso para llegar a tal fin, que el mismo se constituya sobre una base de garantías y normas fundamentales, que puedan excluir todas aquellas actividades, vicios o situaciones procesales que pongan en precario la aplicación de la ley o afectar la continuidad del proceso. Para lograr anterior, fue indispensable primero, definir el concepto de forma general, ubicar su posición en la norma procesal y su definición doctrinal; segundo fue necesario dividir el articulado, a modo de clasificar y estructurar, los subtipos de cada de concepto desarrollado por la doctrina y y plasmado dentro de la legislación como causales o consecuencias jurídico-procesales; por último, el tercer punto para estructurar el presente trabajo, era lograr distinguir el alcance de cada figura y su afectación práctica, para entender el agravio que causa a los estándares del debido proceso. Por ello, se inicia dividiendo los incidentes, las nulidades y excepciones, para posteriormente, ubicarlas dentro del proceso penal, conocer su concepto y generalidad, su clasificación, el momento procesal (dentro del proceso ordinario) para su argumentación, su clasificación y su afectación al proceso.

En el proceso de consolidación de límites como garantías frente al poder punitivo del Estado, se reconoce un desarrollo formal, significativo, que permite la aplicación del derecho penal sustantivo, mediante un conjunto de normas que regulan la actividad procesal, derecho penal adjetivo. Es así que, los principios de legalidad, debido proceso, lesividad, humanidad y proporcionalidad, forman la base jurídica, que permiten controlar los actos procesales cuya función es controlar, sanear, permitir, garantizar y prohibir, dependiendo la circunstancia o acto procesal, ajeno al hecho punible, los actos jurídicos que inciden en el desarrollo adecuado de la persecución penal. Surgiendo de esta manera los incidentes, excepciones y nulidades del proceso penal.

DE LOS INCIDENTES, EXCEPCIONES Y NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

Generalidad

El proceso penal ordinario en Honduras se divide en tres etapas claramente diferentes, regula los actos procesales y las circunstancias por las cuales se puede plantear un incidente o una nulidad. Dicha división y fraccionamiento dentro del sistema procesal, responde al proyecto del código procesal tipo para Iberoamérica, que se adecua doctrinalmente al modelo acusatorio y oral, el cual otorga directamente al fiscal, la investigación de los hechos, es el encargado de preparar y presentar la acusación; para acentuar el carácter acusatorio,

dejando clara la división entre los intervinientes, de modo que el Ministerio Público es el encargado de investigar, quedando a reserva del juez, la tarea de autorizar y tomar decisiones jurisdiccionales, pero no de investigar, ni aportar prueba³. Convirtiendo al juez en un verdadero director del proceso. Los Fiscales tienen la responsabilidad de la investigación y la acusación (en caso de proceder), y por ende los jueces la responsabilidad de vigilar y controlar la legalidad de la investigación, además de sus atribuciones judiciales.

Entre tanto, la defensa ejerce un rol de garantía frente al proceso como condición de credibilidad del derecho penal, que tiene el derecho de defensa a la refutación de la acusación. Y se entiende, consiguientemente, el valor de la garantía de tal derecho, constituida por el derecho de defensa del imputado (con el nombramiento de su defensor de confianza o asistencia de la defensa pública).

Con carácter de derecho fundamental y, por ello, universal del derecho de defensa, cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si se tratase de un derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública. En suma, debe ser asegurada por el Estado, cada vez que el imputado no decida elegir un defensor de confianza (Ferrajoli, 2008).

La división estructural del proceso conlleva la implementación del sistema por audiencias (esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general) sigue representado el programa medular de la reforma de la justicia. Es el único método que asegura la virtualidad y operatividad de los principios cardinales del proceso: intermediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y desacralización y reverencia de las formas procesales, insta en la oralidad, así como de identidad del juez que asume las pruebas y decide las causas. Ello se complementa con la ampliación y regulación de las facultades del Juez, sobre todo en materia probatoria (siempre en el marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes), y su facultad de valorar dicha prueba, conforme con las reglas racionales de la sana crítica (Campos, 2012).

De la etapa preparatoria

La etapa preparatoria se caracteriza por la recopilación de fuentes de prueba e indicios que permitan develar la existencia o no de un ilícito y, de darse lo primero, identificar a los perpetradores del mismo. De modo de llegar con un mayor grado de convicción a la etapa de juicio oral donde precisamente dichas pruebas e indicios serán actuados y contrastados con los

3 Con su respectiva excepción en juicio con el auto para mejor proveer.



argumentos del procesado. El inicio del juicio oral depende, precisamente, de un debido «saneamiento procesal».

Mediante este se busca evitar que sean llevados a juzgamiento casos bagatela o insignificantes, y todos aquellos que no han cumplido debidamente con los presupuestos materiales y procesales que la norma exige o, en el peor de los casos, que han sido imputados con inconsistencia o que no han sido suficientemente aparejados de elementos de convicción por parte del Ministerio Público (Trujillo, 2009).

La etapa preparatoria, conformada por la denuncia (si se presenta), la investigación preliminar, requerimiento fiscal, la declaración del imputado y la audiencia inicial (Art. 264 y 286 Código Procesal Penal).

Luego de los actos iniciales del proceso, sea la denuncia, la investigación o la detención en flagrancia, mediante los cuales ingresa formalmente un supuesto hecho delictivo al sistema judicial, comienza la etapa preparatoria, consistente en actos y diligencias, fundamentalmente de investigación, orientados a determinar si existen razones suficientes para presentar la acusación y someter a una persona al proceso penal. El requerimiento fiscal, consiste en establecer que hay elementos para comenzar un proceso en contra de una persona, por realizar una conducta ilícita, por ello se denomina acusación. Por ende, una vez iniciado estos actos dentro del proceso, se activa un engranaje de actos procesales a cargo del Ministerio Público, tendientes a transformar la teoría del caso del Ministerio Público, en la acusación o investigación fiscal dentro de la etapa preparatoria. Ya que, dentro de esta etapa se resuelven situaciones que afectan directamente garantías judiciales, procesales o bienes y derechos fundamentales, por ejemplo, allanamientos, secuestros, incautaciones, etc.

Durante esta etapa existen básicamente cuatro clases de actos: a) diligencias propias de investigación; b) resoluciones que dirigen la marcha del proceso; c) realización de anticipos jurisdiccionales de prueba; d) resoluciones, decisiones o autorizaciones jurisdiccionales, referidas a actos que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales. Con relación a este último punto los sujetos procesales pueden oponer excepciones o nulidades, u otra cuestión incidental (González, 2002).

DE LAS EXCEPCIONES

Las excepciones que admite el proceso penal hondureño son el resultado de la configuración y consolidación de límites y garantías frente al control punitivo del Estado, el cual conoce también un desarrollo formal no menos significativo a través de estas. El Código procesal penal en el artículo 46 prevé tres excepciones admisibles:

1. La incompetencia;
2. La falta de acción, cuando no haya debido promoverse o cuando no pueda proseguirse; y,
3. La extinción de la acción penal.

El momento procesal para interponer la excepción por incompetencia, es durante la audiencia inicial y podrá hacerlo de forma oral (Art. 48 C.P.P.)⁴.

Falta de acción

La falta de acción para promover o continuar un proceso penal recae en la legitimidad con la que procede o no una acción penal. Por ejemplo, puede referirse a normas relativas a los sujetos protagonistas de un posible litigio, como ser el órgano jurisdiccional (incompetencia), los legitimados activos o los legitimados pasivos; los cuales pueden verse condicionados por el derecho al ejercicio de la pretensión o de ejercicio en la acción penal. Es así como la Corte Suprema de Justicia de Honduras ha reiterado en distintos casos donde se debate, la representación legal de una sociedad mercantil para comparecer en un proceso penal, que las normas que rigen la representación judicial o extrajudicial de una sociedad mercantil⁵, deben ser consideradas al momento de entender quién puede o no ejercer actos de representación. Uno de los métodos más útiles en orden a la interpretación de las normas y que es aplicable a cualquier rama o sector del ordenamiento jurídico, es el método lógico o sistemático al que alude el artículo 19 párrafo primero del Código Civil, donde establece que "...El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía..." (Amparo Penal, AP-164-13, 2013). Teniendo en cuenta que existe un elemento normativo en la representación de una empresa, que

⁴Para efectos de la admisión de la excepción de incompetencia. Una vez firme la sentencia que declara la incompetencia, el órgano jurisdiccional remitirá de oficio los antecedentes al que se considere competente y pondrá a su disposición las correspondientes pruebas o piezas de convicción. Lo anterior, no obstará para que adopte las medidas que considere urgentes y necesarias para la buena marcha del juicio. En caso de existir múltiple y simultánea persecución penal, se actuará de acuerdo con las normas que regulan las cuestiones de competencia

⁵ Código de Comercio, el acta de constitución, los estatutos, dependiendo el tipo de sociedad.



remite a la legislación mercantil especializada, cuya omisión, vulnera la garantía del debido proceso, si se acepta la participación de legitimación activa de un representante sin estar autorizado para ello (Amparo Penal 2013, AP-164-13).

Sobre la Extinción de la acción penal

La acción penal se extingue por prescripción y por extinción de la responsabilidad. Se trata de un conjunto de circunstancias diferentes de carácter natural, legal, político criminal o privado, ajenas al hecho punible, pero que extinguen su posibilidad de persecución y por ende de sanción, ambas constitutivas de la acción penal; sobreviven después de la comisión del delito y anulan la acción (Prado, 2000). Esta división subsiste tanto en la normativa penal de 1983, como en el Código Penal de 2017, encontrando las causales entre los artículos 96 y 97 del primero; y en el Título VIII desde el artículo 107 al 116, del segundo; además de contemplar la extinción por el cumplimiento de arreglos en medidas desjudicializadoras.

NULIDADES

Concepto y generalidades

Fernando de la Rúa (1980) define la nulidad como “la sanción por la cual se declara inválido un acto procesal privándolo de sus efectos, por haber sido cumplido sin observar los requisitos esenciales de la ley” (p.67). Para Sergio Gabriel Torres (2003) nulidad “es la sanción legal, sea expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para el exigidas” (p.31). Teniendo, por ende, un fin mediato que versa sobre el buen orden del proceso; y un inmediato, con los derechos de la sociedad, la víctima y el imputado, con la finalidad de preservar el debido proceso y la inviolabilidad de los derechos fundamentales, es decir, “la nulidad es el guardián de las garantías constitucionales en el proceso penal” (Torres 2003, et al, p. 31).

Las nulidades deben contemplar dos aspectos básicos un interés y un perjuicio. El primero debe entenderse como la actividad procesal desarrollada

por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de obtener un provecho a su causa. La segunda recae sobre la limitación y afectación directa o indirectamente, de un derecho de las partes vinculado de forma inmediata al orden armonioso del proceso (por ende, una afectación concreta al debido proceso); y de forma mediata a las garantías de su causa (Torres, 2003). Es decir, que no basta con verificar la existencia de la nulidad, sino también el perjuicio que causa.

En dicho sentido el Código Procesal Penal (CPP, art. 165) establece que las nulidades tienen además un carácter excepcional, produciéndose la nulidad sobre los actos procedimentales cuando expresamente así se establezca⁶. Por reclamación de la parte perjudicada (Art. 167 C.P.P). Tomando en cuenta la formulación del agravio, demostrando mediante el ejercicio de exclusión hipotética que, si no se hubiera admitido o se admitiera, el resultado sería otro (Llobet, 2004)⁷. Siendo obligatorio además establecer el tipo de nulidad y el alcance que tuvo la misma en el proceso.

Clasificación

Las nulidades pueden ser absolutas y relativas; totales y parciales. Las nulidades absolutas son las que se aplican cuando afecta el orden público o alguna garantía constitucional, en tanto las relativas surgen cuando “el acto afecta un interés particular, rigiéndose por el beneficio de las partes” (Torres, et al, p.58). Dicha división es doctrinal, sin embargo, el código procesal penal rige las mismas en cuanto a características (por ejemplo, en el alcance de nulidades reconoce la nulidad total y parcial) y; han sido reconocidas por la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Para el Dr. Sergio Gabriel Torres (2003) las absolutas deben tener los siguientes elementos: deben ser declaradas de oficio, pueden declararse en cualquier estado del proceso, pueden plantearse por cualquiera de las partes y, no pueden ser subsanables. En cuanto a las relativas: pueden ser declaradas de oficio, no puede plantearla quien la haya provocado, solo puede

⁶ **Principio de excepcionalidad de la nulidad.** La inobservancia de las normas contenidas en este Código, solo producirá la nulidad de los actos procedimentales, cuando así se establezca expresamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o disciplinaria en que hayan podido incurrir los infractores.

⁷ Para algunos expertos como Javier Llobet el alcance de la nulidad por ejemplo en La admisión equivocada de prueba donde debió considerarse como ilícita, da lugar a la nulidad o ineficacia de la sentencia, cuando la misma descansa en forma esencial en esa prueba, que puede ser reclamada a través del recurso en contra de la sentencia (Vicio de falta de fundamentación de la sentencia).



exigirla quien tenga interés y, son subsanables⁸.

Por ejemplo, en dicho sentido el código procesal penal establece que no puede pretender la nulidad la parte que dio lugar a la nulidad y será rechazada cuando solo trate de dilatar el proceso o corregir una deficiencia imputable al reclamante, dejando precluir la oportunidad de subsanarla (C.P.P., art. 167)⁹.

Dependiendo el alcance de la nulidad estas pueden ser totales o parciales; donde es necesario para que sea declarada una nulidad parcial que el acto sea divisible (Torres, et al, 2003). Por ejemplo, las establecidas en el artículo 166 n°3 que señala que “con inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del imputado en el procedimiento...”, como en una declaración, un reconocimiento en rueda o un acta de comiso o secuestro, no pueden ser nulos más que en su integridad misma, donde además es absoluta. Si los motivos de nulidad afectan una parte dentro de un conjunto de disposiciones, se puede nulificar la parte y hacer valer las restantes. Por ejemplo, si en un caso existen varios imputados y el acto declarado nulo solo surte efecto para un imputado. Como en el caso del Amparo Penal AP-199-11 (2012) donde los efectos de la nulidad de oficio, declarada por la corte de apelaciones y ratificada por la Sala de lo Constitucional, cubren únicamente a la parte afectada y no al resto de imputados. En dicha jurisprudencia la Corte además recalcó que, para la Sala de lo Constitucional:

- [E]s claro que la Corte Primera de Apelaciones ha detectado correctamente la existencia de la falta al debido proceso invocada por la parte representada por el amparista; como es una afectación a los principios de contradicción e intermediación, así como al derecho de audiencia, todos los cuales son parte constitutiva y esencial

del debido proceso.

Casos en que procede la nulidad

El código procesal penal establece una serie de supuestos en los cuales un acto procedimental puede ser declarado nulo. Hay que considerar que la nulidad no es un fin en sí misma, sino que tiene como función, preservar las garantías con las que se lleva a cabo el proceso. Por ello es evidente que cualquier acto llevado a cabo violentando las garantías será nulo¹⁰. Los actos que pueden ser declarados nulos son:

1. Con inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad, jurisdicción o competencia de los órganos jurisdiccionales o de sus integrantes;
2. Con inobservancia de las disposiciones concernientes a la iniciativa de los fiscales y de los acusadores privados, y a su participación en los actos en que su intervención sea necesaria;
3. Con inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del imputado en el procedimiento, y las relativas a su representación y defensa;
4. Por error sobre sus presupuestos de hecho o bajo violencia física o por efecto de intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave, sin perjuicio de las responsabilidades en que podría incurrir la persona causante de la violencia o de la intimidación;
5. Con infracción de las normas esenciales de procedimiento establecidas por este Código, que impida que el acto logre la finalidad que persigue la norma correspondiente;
6. Con infracción de los principios de igualdad entre las partes, de audiencia, contradicción, asistencia y defensa, siempre que hayan producido una

⁸ Ejemplo de ello lo dispuesto en el art. 170 del C.P.P.

⁹ Tal como enuncia el Art. 167 en su último párrafo: No podrá pretender la anulación la parte que dio lugar a la causa de nulidad. El órgano jurisdiccional rechazará la pretensión anulatoria, cuando mediante ella se intente tan solo dilatar indebidamente el procedimiento o corregir cualquier deficiencia imputable al reclamante, cuando éste haya dejado precluir la oportunidad de subsanarla.

¹⁰ Es indispensable tener en cuenta la doctrina llamada "de la expedición de pesca". Donde existe un supuesto, cuya consecuencia también es la nulidad, en el que no existe acto en sí mismo nulo o prueba obtenida ilegalmente; se trata aquí, de la manera en la que se buscan pruebas y no de la obtención de éstas propiamente dicha. Como ejemplifica el jurista argentino Sergio Torres "La casa y el lugar de los negocios de una persona no han de ser invadidos por la fuerza y registrados por los curiosos y los suspicaces y aun por un funcionario legal que no tenga interés, salvo que esté provisto de un mandamiento de registro; y la creencia por bien fundada que estuviera, de que un artículo que se busca esté escondido en una casa-habitación, no justifica un registro de aquel lugar, sin mandamiento.. Tales registros han sido declarados ilegales, pese a hechos que incuestionablemente demostrarían su razón probable y una "expedición pesquera" del gobierno en los papeles de una corporación privada, ante la posibilidad de que puedan evidenciar la prueba del delito, no sólo es tan contrario a los principios primordiales de justicia, sino también atentatorio contra esta enmienda." En alusión a los casos *United States v. Veeder*, 246 v. 675, 1918. *Agnello v. United States*, 269 v. 20, 1925. *Federal Trade Commssion v. American Tobacco Co.*, 264 V. 298, 1924.



efectiva indefensión; y,

7. Con violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagradas por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y demás leyes.

No se puede negar que, en la existencia de una nulidad, su causa y su perjuicio pueden ser demostrados. Sin embargo, en algunas ocasiones será sutil y debe ser necesario establecer la particularidad de cada caso, en algunos podrá presentarse incluso prueba para sustentarlo, pero en otros, el vicio podrá no aparecer de forma tangible, por tanto, al tratar de denotar el perjuicio, puede sustentarse en elementos argumentativos. Pero debiendo siempre establecer el vicio y el perjuicio, motivación, frente a las características del acto¹¹.

La solicitud de la nulidad y oportunidad procesal

Como se mencionó en párrafos anteriores, la nulidad puede declararse por parte interesada, como lo establece el art. 167 del CPP o de oficio como versa el art. 168 del CPP. dependiendo de esta y otras características, debiendo entender el tipo y alcance de la nulidad. Dicho esto, la solicitud tiene características particulares dependiendo de quién la planteo. Por ejemplo, el momento procesal.

La nulidad declarada de oficio puede ser invocada únicamente en los casos establecidos en la legislación procesal, donde el órgano jurisdiccional la podrá apreciar por propia iniciativa, siempre y cuando convoque a una audiencia para que las partes comparezcan (C.P.P., art. 168). Teniendo el mismo alcance que las planteadas por parte interesada (C.P.P., art. 169). Serán anulables los actos por reclamación de parte perjudicada, interpuesta en las oportunidades procesales siguientes (C.P.P., art. 167):

1. La nulidad de los actos realizados durante la etapa preparatoria del proceso, en la primera audiencia;
2. La de los realizados durante la audiencia preliminar, antes del auto de apertura de juicio

oral;

3. La de los realizados en el auto de apertura del juicio o en el momento de la notificación de este, en fase de preparación del juicio;
4. Las causas de nulidad por hechos sobrevenidos con posterioridad, o por hechos precedentes que no hubieran sido conocidos con anterioridad, en la audiencia anterior al debate, de conformidad con lo previsto por el artículo 316 de este Código; y,
5. Las producidas en el curso del debate o durante la tramitación de un recurso, antes de que (1) uno u otro concluyan.

Sobre el punto primero debe considerarse la primera audiencia como la declaración del imputado o la inicial, dependiendo si el acto que se declarará nulo no dejará en indefensión o subsanará el acto reclamable, por mera omisión. Esta interpretación debe hacerse conforme al art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho a toda persona a ser “oída” en un “plazo razonable” (Ávila, 2015).

El concepto de la razonabilidad del plazo, se sustenta en la base de impedir que las personas procesadas queden en indefensión procesal, no solo en razón de la temporalidad sino, también en razón de la afectación de su derecho de defensa frente al poder punitivo. Por ello en el caso *Kawas Fernández vs Honduras* (2009) la Corte Interamericana ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (parr.112). Es decir que, el primer momento procesal para presentar la nulidad, depende si el acto recae con afectación a la finalidad de audiencia¹²; y; si el acto que puede considerarse nulo, al no evacuarse en dicha audiencia, subsane el acto viciado por una omisión, provocando un agravio directo en la situación jurídica de la parte afectada.

¹¹ El antepenúltimo párrafo del artículo 167 del C.P.P. establece que “La pretensión anulatoria deberá ser motivada y será resuelta en audiencia dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su interposición”.

¹² Por ejemplo, la finalidad de la audiencia de declaración del imputado, que versa sobre un control primario de la detención, la declaración del imputado y la medida cautelar; a diferencia de la inicial donde ya existe un control de la actividad probatoria con la finalidad de aportar material indiciario para resolver sobre la probable realización del hecho que se imputa, sobre su relevancia jurídico penal y la probabilidad de la participación del imputado. Por ende, el momento procesal depende, de donde procesalmente recae el acto que desea ser declarado nulo.



Alcance de la nulidad

Según versa el Código Procesal Penal declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no solo el acto viciado, sino también todos los que se hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél (Nulidad Total) y, sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional¹³. Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquélla. La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquel, ni la de aquellas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad (CPP, art. 169).

Saneamiento y subsanación de las nulidades

Si bien, pueden ser conceptos similares, el Código Procesal Penal los utiliza en dos sentidos relativamente diferentes, entendiéndolos como saneables o convalidables (subsanables). Al hablar de subsanación se refiere a la manifestación expresa o tácita del consentimiento de la parte afectada, posterior a la nulidad. Donde la forma expresa no representa mayor conflicto, pero en la aceptación tácita hay que considerar que “la parte que tenía derecho a alegar la existencia del vicio realiza un comportamiento posterior a él, que evidencia la aceptación de los efectos del acto” (Porrás, 1989, p.57). El saneamiento en cambio lo refiere a la forma de enmendar, corregir o rectificar el acto considerado nulo, a modo de aminorar o desaparecer los efectos. Buscando “que la eficacia del acto viciado, para conseguir su fin, requiere la suma de un acto sucesivo que evidencia la producción del efecto físico que el acto buscaba” (Porrás, et al, 1989 p.58).

Es así que el Código Procesal Penal establece los supuestos de subsanación del acto viciado tanto expresa o tácitamente¹⁴, salvo disposición en contrario cuando (CPP, art.170):

Ninguna de las partes haya reclamado oportunamente la declaración de su nulidad, sin perjuicio del poder de iniciativa judicial en los casos expresamente determinados por el Código;

- Las partes hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto viciado de nulidad;
- No obstante, el vicio, se haya alcanzado la finalidad perseguida mediante el acto viciado; y,
- El órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, haya podido eliminar la causa de nulidad.

En tanto versa la normativa procesal “los defectos deberán ser saneados de oficio o a instancia del interesado siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido” (C.P.P., art. 171). Esta renovación o rectificación se cumple mediante la reproducción del acto anulado, a través de la corrección de los defectos del acto; siempre y cuando sea posible por no tratarse de una nulidad absoluta. La excepción de tal acción “salvo los casos expresamente previstos por este Código, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, bajo pretexto de renovación del acto, de rectificación del error o cumplimiento del acto omitido” (C.P.P., art. 171). Debido a que el saneamiento perdería sentido si la actividad no se justifica o ha perdido importancia para el proceso, estando las partes debidamente protegidas para su defensa; muy a pesar de ser necesario “el acto anulado, no es susceptible de renovación o rectificación, sea por imposibilidad material o jurídica, queda autorizada por la ley la continuidad del proceso sin los actos anulados” (Torres et al., 2003, p.197).

CONCLUSIÓN

1. Es ineludible que la finalidad del legislador al establecer los supuestos específicos de los incidentes, nulidades y excepciones, en el código procesal penal, en fiel apego al principio de legalidad, debido proceso, entre otros, ha comprendido indispensable para un sistema penal garantista, la correcta conformación e intervención de los actos procesales y situaciones jurídicas que puedan surgir en un proceso penal. Por ende, al momento de plantear cualquier incidente, nulidad o excepción, es obligatorio prever y plantear de forma clara, el alcance, características y afectaciones del acto, para una correcta litigación.

13 Una tendencia a la teoría de los frutos del árbol envenenado, si del acto surgiera un medio de prueba. Como dicta Llobet Rodríguez “Indica que la realización de un acto tendiente a la obtención de prueba de manera ilícita hace que toda la prueba que se derive de la prueba obtenida de manera ilícita sea también ilícita. Lo anterior, aunque con respecto a la prueba derivada se haya sido el procedimiento previsto constitucionalmente”.

14 La Jurisprudencia del Amparo AP-579-18 versa en su Considerando n°11 “se tendrá por subsanado el acto viciado cuando ninguna de las partes haya reclamado oportunamente la declaración de nulidad, o cuando las partes hayan aceptado, expresa o tácitamente los efectos del acto viciado de nulidad”.



2. El derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.
3. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia ,que se refleja en: i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa, como recalco la Corte Interamericana Caso Torres vs El Salvador (2015).

BIBLIOGRAFÍA

- Amparo Penal CSJ-AP-164-13 (2013). *Sistema de indexación jurisprudencial CSJ de Honduras*. Magistrado Elmer Lizardo Carranza, <http://jurisprudencia.poderjudicial.gob.hn/ConsultaHN/PDFAmparo.aspx?opcion=1®=8057>
- Amparo Penal CSJ-AP-199-11 (2012). *Sistema de indexación jurisprudencial CSJ de Honduras*. Magistrado Edwin Francisco Ortez Cruz, <http://jurisprudencia.poderjudicial.gob.hn/ConsultaHN/VerAmparo.aspx?reg=8868>
- Amparo Penal CSJ-AP-579-18 (2018). *Sistema de indexación jurisprudencial CSJ de Honduras*. Magistrado José Francisco Ruiz Gaekel. <http://jurisprudencia.poderjudicial.gob.hn/ConsultaHN/VerAmparo.aspx?reg=3772>
- Ávila, F.A. (2015). *Proceso penal hondureño. (G&F Impresiones), 2015, Tomo I 784 p. Tomo II 456 p. ISBN: 978-99926-49-87-9*
- Campos, S. P. (2012). *Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay. Derecho & Sociedad, (38), 297-315.*
- De la Rúa, F. (1980). *Proceso y justicia. Asociados. Buenos Aires. Lerner.*
- Ferrajoli, L. (2008). *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Ministerio público de la defensa, asociación interamericana de defensorías públicas. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia.* Editorial La Ley.
- Macchi, J. I. G. (2002). *La Reforma del Proceso Penal. Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, 5(2).*
- Porras, Isabel Porras. “Las nulidades en el proceso penal costarricense.” *Revista de Ciencias Jurídicas 63* (1989).
- Príncipe Trujillo, H. (2009). *La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP).*
- Salazar, J. J. U., & Rodríguez, J. L. (2004). *Actividad procesal defectuosa y proceso penal.* Ed. Jurídica Continental.
- Saldarriaga, Víctor Prado. “Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena.” *Derecho PUCP 53* (2000).
- Torres, S. G. (2003). *Nulidades en el proceso penal.* Ad-Hoc. 2 edición.
- Zorrilla, M. S. (2011). *La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), (14), 317-358.*



PROGRAMA PAPÁ DESDE ADENTRO: ESTRATEGIAS Y HABILIDADES PARENTALES PARA PADRES PRIVADOS DE LA LIBERTAD

PROGRAM "PAPÁ DESDE ADENTRO": PARENTING STRATEGIES AND SKILLS FOR PARENTS DEPRIVED OF THEIR LIBERTY



Sebastián Ignacio Fernández Díaz

Maestro en Desarrollo Humano por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

fernandez.soc@gmail.com

Chile

RESUMEN

El presente artículo sintetiza y rescata una serie de aprendizajes y experiencias de un programa de intervención para el desarrollo de estrategias parentales para padres privados de la libertad de la ciudad de México, que se realizó entre el año 2018 y el 2020. Este trabajo comenzó con una etapa de diagnóstico que incluyó a privados y privadas de libertad (primo-delincuentes y reincidentes), familiares de los internos e internas, directores/as de los centros penitenciarios y ex internos e internas (no reincidentes). Con la información recopilada y analizada se adecuaron estrategias del programa Triple P y se revisó literatura proveniente del enfoque centrado en la persona, del enfoque en parentalidad positiva y sobre género y nuevas masculinidades, para adecuar un programa que contempló la realidad de los padres privados de libertad del Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte. A un mes de finalizado el taller se aplicó una segunda

evaluación para poder medir su impacto.

PALABRAS CLAVES: Padres privados de libertad, Parentalidad Positiva, Triple P¹, Desarrollo Humano, Ciudad de México.

ABSTRACT

This article synthesizes and rescues a series of learnings and experiences from an intervention program for the development of parental strategies for parents deprived of their liberty in Mexico City, which took place between 2018 and 2020. This work began with a diagnostic stage that included deprived of liberty (first offenders and recidivists), relatives of the inmates, prison directors and former inmates (non recidivists). With the information gathered and analyzed, strategies of the Triple P program were adapted and literature was reviewed that came from the focus on the person, the focus on positive parenting and on gender and new masculinities, in order to adapt a program that contemplated the reality of the parents deprived of liberty in the North Men's Penalty Execution Center. One month after the end of the workshop a second evaluation was applied in order to measure its impact.

WORDS: Parents deprived of liberty, Positive Parentality, Triple P, Human Development, Mexico City.

INTRODUCCIÓN

A principios del año 2018 como parte del trabajo realizado en la Fundación Amaneceres en la Oscuridad², se creó un programa en "habilidades parentales" para padres privados de la libertad de la Ciudad de México. La iniciativa comenzó a propósito del diagnóstico y evaluación sobre la oferta programática de la fundación. Este diagnóstico incluyó a privados y privadas de libertad primo-delincuentes (que cumplían una sentencia por primera vez) y reincidentes (que están cumpliendo sentencia

1 Triple P, Programa de Parentalidad Positiva; es un sistema de apoyo a los padres, madres y familias, diseñado para prevenir – y tratar – los problemas conductuales y emocionales en niños, niñas y adolescentes. Este programa es basado en la evidencia y es de origen australiano.

2. Fundación dedicada por más de 17 años al acompañamiento, educación, capacitación, reinserción dignificación de las condiciones de los/as privadas/os de libertad de la Ciudad de México.



por segunda o más veces), familiares de los internos e internas, directores/as de los centros penitenciarios y ex internos e internas (no reincidentes).

Entre los resultados más relevantes extraídos de los análisis de datos de las entrevistas en profundidad y los grupos focales se encontró que en el grupo de hombres privados de libertad existía una gran preocupación y una necesidad por mantener, recuperar y restaurar el vínculo con sus hijos e hijas, pero que lamentablemente carecían de las herramientas, la confianza y muchos de ellos concebían como truncada o anulada la posibilidad de seguir siendo padres una vez que se encontraban cumpliendo una pena con privación de libertad. Al mismo tiempo, hijos e hijas de ex internos manifestaron que este vínculo había sido significativo para su desarrollo en la niñez y adolescencia a pesar de la privación de libertad de sus padres. A su vez, los privados de libertad mencionaron que el vínculo con sus hijos e hijas era una experiencia que les daba sentido a su vida, además de ser un aliciente para iniciar un proceso de desistimiento delictual.

Con la información extraída del diagnóstico, se adecuaron estrategias y se revisó la literatura proveniente del enfoque centrado en la persona, del enfoque en parentalidad positiva, del programa Triple P y sobre teoría de géneros y nuevas masculinidades, para adecuar de forma vivencial un proyecto-taller que contempló la realidad de los padres privados de libertad del Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, ubicado en la zona norte de la Ciudad de México. Al mes de terminado el taller se volvió a aplicar un instrumento de evaluación para poder medir el impacto del taller.

MARCO CONTEXTUAL

El trabajo se realizó en dos centros penitenciarios, se comenzó el diagnóstico general en la penitenciaría del Distrito Federal de la ciudad de México, allí se entrevistó a privados de libertad, a ex privados de libertad de ese centro penitenciarios (no reincidentes), a la directora del centro y a familiares de ex privados de libertad.

Una vez concluido el diagnóstico y analizados los datos se presentó la propuesta de un programa que desarrollaba habilidades y estrategias parentales a la Subsecretaría de Penitenciarías de la Ciudad de México, en el marco de la oferta programática de la Asociación Amaneceres en la Oscuridad.

Por recomendación y solicitud de la Subsecretaría antes mencionada, el programa se implementó en el Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, debido a que las características de este último lo hacían idóneas para la implementación del programa. Ya que allí se concentraban padres privados de la libertad cumpliendo sanciones más cortas (menos de dos años, debido a su buen comportamiento en el cumplimiento de sus penas totales, es un tipo de cárcel modelo) (Subsecretaría de Sistema Penitenciario CDMX, 2020) en comparación a la penitencia del Distrito Federal en donde se encuentran privados de libertad cumpliendo penas particularmente altas, treinta (30), cuarenta (40) años o más en la mayoría en muchos casos. La segunda parte del diagnóstico, la implementación y evaluación se realizaron en el segundo centro penitenciario (Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte).

METODOLOGÍA

Este trabajo fue de tipo cualitativo, un estudio de caso intrínseco, ya que lo que se buscó fue conocer y comprender la realidad de los internos para contar con herramientas para poder generar un programa que se ajuste a su realidad. El estudio de caso intrínseco busca estudiar el caso en sí mismo, y el instrumental se utiliza para someter a prueba una teoría (Muñiz, 2010). Para efectos de esta investigación, el tipo de estudio de caso que más se adecua según los objetivos y la población estudiada es el estudio de caso, de caso atípico (Muñiz, 2010). Debido a que la población con la que se trabaja posee una característica atípica, su condición de internos del sistema penitenciario, más allá de su condición de ser padre, pareja o de querer mejorar la relación con sus hijos e hijas.

Como técnicas de recolección de datos se aplicaron entrevistas en profundidad semiestructuradas (Cea, 2001) a privados de libertad, en calidad de primodelinquentes y reincidentes, además se entrevistó a la directora del centro penitenciario. También para complementar el diagnóstico se realizaron grupos focales a ex internos y a familiares y amigos de estos. Esta entrevista tiene por objetivo que los entrevistados hablen de sus experiencias familiares, de su relación con sus padres, de su propia experiencia y de su significación de ser padre e interno. Por otro lado, también se buscó con esta entrevista ahondar en sus percepciones, temores, expectativas y problemáticas con respecto a la salida del penal.



La segunda técnica es el focus group, definida esta como una reunión de un grupo de individuos seleccionados por los investigadores para discutir o elaborar desde la experiencia personal, una temática o hecho social que es objeto de investigación (Chitarroni, 2008). Con esta técnica se realizaron dos grupos focales el primero se realizó con internos que representan experiencias exitosas de reinserción (ex internos no reincidentes) y el segundo se realizó con los familiares en el exterior de la cárcel. Esto con el objetivo de comprender los temores y expectativas del grupo al momento de salir del penal, las dificultades y problemáticas a las que se enfrentaron y cómo las resolvieron. También se indagó en sus experiencias familiares, el significado que le atribuyen a ser papá y en las dificultades que implicaron el regreso a casa después del periodo de sentencia.

Con respecto al tipo de muestreo, en este caso fueron utilizados dos. El primero es de tipo ideal, definido como muestreos de tipo no probabilísticos, que se utilizan principalmente en estudios cualitativos, en donde el objetivo principal es la riqueza, profundidad y calidad de la información. No la cantidad ni la estandarización (Hernández, et al., 2010).

El segundo tipo de muestreo es de intencionalidad o de conveniencia. En este se escogen las unidades a entrevistar siguiendo criterios de conveniencia del investigador o de los objetivos de la investigación (riqueza de información en el caso, posición que ocupa en relación al fenómeno estudiado, etc.). En este caso, encontramos un informador clave, y este identificó a otro a quien entrevistar y así sucesivamente. De igual manera, el investigador decide qué individuos de la población pasan a formar parte de la muestra en función de la disponibilidad de los mismos, proximidad con el investigador o por factibilidad del estudio (Departamento Sociología Universidad Alicante, s.f.).

Con respecto a la triangulación de datos, definida como la utilización de diferentes fuentes y métodos de recolección (Hernández, et al., 2010) como se mencionó anteriormente existen cinco fuentes de información y dos métodos de recolección. Entrevistas en profundidad a primo-delincuentes (delincuentes primarios), entrevistas en profundidad a reincidentes, a la directora del penal, grupo focal a ex internos y grupo focal a sus familiares, para darle

una mayor riqueza y tener una mayor amplitud de cómo viven la parentalidad los internos, su proceso de sentencia y su egreso de los centros penitenciarios. Con respecto a la recolección y análisis de la información, debido a la disposición del penal se realizó un registro de audio de las entrevistas realizadas a los internos por medio de una grabadora de voz, pero no fue posible realizar tomas de fotografías ni grabaciones en video, de modo que el análisis de los datos se apoya principalmente en un registro de audio que luego fue transcrito y posteriormente categorizado o codificado.

Este último se puede definir como:

El modo en que usted define de qué tratan los datos que está analizando. Implica identificar y registrar uno o más pasajes de texto u otros datos como parte de cuadros que, en cierto sentido, ejemplifican la misma idea teórica o descriptiva. (Gibbs, 2007, p.64) Esta codificación, procesamiento y análisis se realizó a través del software para análisis de datos cualitativos QDA³ Miner.

FASES DEL TRABAJO

El trabajo estuvo dividido en cuatro etapas o fases: Una fase de diagnóstico, una fase de adaptación, una etapa de implementación y una de evaluación.

Fase de diagnóstico

Esta fase a su vez, tuvo dos etapas, la primera de ellas se realizó a internos, ex internos, familiares de ex internos y directora de la Penitenciaría Del Distrito Federal (ver Tabla 1) y la segunda a privados de la libertad del Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte. En la primera etapa se realizaron entrevistas en profundidad a privados de libertad primo delincuentes y reincidentes, entendiendo los primeros como privados de libertad cumpliendo una sentencia por primera vez y los segundos como privados de libertad que se encuentran cumpliendo una sentencia por segunda vez o más por el mismo delito o uno similar (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2013). También se entrevistó a la directora del centro penitenciario. En total en esta etapa de diagnóstico se entrevistó a diez (10) internos primo-delincuentes, tres (3) reincidentes, una (1) directora de centro penitenciario, cinco (5) ex internos y cinco (5) familiares de ex internos. Un total de veinticuatro personas (24) participaron en La segunda etapa del diagnóstico se realizó en Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte,

3 Siglas en inglés utilizadas para referirse a programas de análisis de datos cualitativos (Qualitative Data Analysis Software).



TABLA 1

DISTRIBUCIÓN DE ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD DIAGNÓSTICO PENITENCIARÍA DISTRITO FEDERAL					
	Entrevistados Primo delincuente	Entrevistados Primo delincuente	Entrevistados Primo delincuente	Entrevistados Primo delincuente	Entrevistados Primo delincuente
Participantes	Diez Internos	Tres Internos	Directora	Cinco Ex Internos	Cinco Familiares
Calendarización	1 junio 2018	1 junio 2018	1 junio 2018	9 junio 2018	9 junio 2018
Lugar	Penitenciaría Distrito Federal	Penitenciaría Distrito Federal	Penitenciaría Distrito Federal	Centro Derechos Humanos Agustín pro	Centro Derechos Humanos Agustín pro

a recomendación y solicitud de la Subsecretaría de Penitenciarías. Se aplicó el Instrumento de evaluación de habilidades parentales para padres privados de libertad a los siete (7) participantes con los que se inició (a pesar de en el transcurso del taller se agregaron más, no se consideraron para el análisis final de la evaluación). El instrumento contó con 14 preguntas abiertas en donde se explora su concepto de parentalidad, sus estrategias parentales, el conocimiento del impacto de su privación de libertad en sus familias y las certezas sobre su salida del centro penitenciario.

Fase de Adaptación

Se tomó como referencia para la creación del proyecto el seminario, El poder de la parentalidad positiva, del programa Triple P (Triple P, 2009) y se

adaptó a las necesidades y el contexto de los internos en base a la información extraída de los diagnósticos de ambos centros penitenciarios.



TABLA 2

SESIÓN ORIGINAL		INTERVENCIÓN DISEÑADA		
Sesiones	Original	Sesión	Propuesta de intervención internos	Sesiones
Sesión Dos horas	Proporcionar un ambiente seguro e interesante	Sesión 1 Dos horas	Ser padre interno	Se agrega a la propuesta original debido a los resultados del diagnóstico en relación a la falta de significación de lo que es ser un padre interno.
	Proporcionar un ambiente positivo	Sesión 2 Dos horas	Estrategias parentales 1	Incluye los puntos 1, 2 y 3 de la sesión original del seminario Triple P, en base a la carencia de estrategias parentales de los internos.
	Utilizar disciplina asertiva	Sesión 3 Dos horas	Estrategias parentales 2	Incluye los puntos 4 y 5 de la sesión original del seminario Triple P, en base a la carencia de estrategias parentales de los internos.
	Tener expectativas realistas	Sesión 4 Dos horas	El impacto en la familia	Se agrega a la propuesta original debido a los resultados del diagnóstico en donde se desconocen los impactos del internamiento en la familia.
	Cuidarse a sí mismos como padre o madre	Sesión 5 Dos horas	Construyendo certezas	Se agrega a la propuesta original debido a los resultados del diagnóstico, en donde los internos carecen de información relacionada con su salida del centro penitenciario.

El seminario contemplaba 1 sesión de dos horas aproximadamente (Turner, et al., 2013) y finalmente la intervención diseñada quedó definida con un total de 5 sesiones de dos horas cada una (ver tabla 2), para lograr abarcar las problemáticas más importantes mencionadas por los padres privados de libertad. Estas incluyeron además de las estrategias parentales; su concepción de que es ser padre, el ejercicio de esta (como serlo) y el impacto del internamiento en su forma de ser padre. También se

exploró el impacto del internamiento en sus familias y sus temores y expectativas con respecto a su salida del centro penitenciario. Esto con la finalidad de que fueran construyendo algunas mínimas certezas para su egreso del centro penitenciario y para retomar la convivencia diaria con sus familias, la sociedad y sus hijos e hijas.



Fase de implementación

Esta fase fue posible ya que este trabajo se enmarcó como parte de un proyecto piloto a propósito de la evaluación anual de la Asociación Amaneceres en la Obscuridad. Una vez que se obtuvo la aprobación del proyecto piloto por parte de la Subsecretaría de Penitenciarias de la Ciudad de México, se procedió a generar y enviar los oficios para la aprobación de los recursos físicos y tecnológicos para la ejecución del proyecto. Los recursos que se solicitó autorización de ingresar fueron: una laptop, un proyector, lápices, hojas, galletas (para meriendas de los participantes) y libretas para las anotaciones de los asistentes. El proceso desde que se presentó el proyecto hasta su autorización fue de aproximadamente tres meses. Una vez autorizado el proyecto y el ingreso, hubo un primer acercamiento con el Centro de Ejecución de Sanciones Penales, allí se contactó con el personal encargado y se definieron fechas para la ejecución de las sesiones, el lugar y sobre cómo se procedería.

Fase de evaluación

Se realizó una primera evaluación o diagnóstico (ex ante) de los padres privados de libertad, que participarían del taller, se les aplicó el Instrumento de evaluación de habilidades parentales para padres privados de libertad. El instrumento contó con catorce (14) preguntas abiertas en donde se exploró: su concepto de parentalidad, sus estrategias parentales, el conocimiento del impacto de su privación de libertad en sus familias y las certezas sobre su salida del centro penitenciario. Este instrumento de evaluación ex ante o diagnóstico fue aplicado a siete (7) padres privados de libertad.

Para evaluar el impacto de la intervención (ex post), se aplicó a un mes de la intervención el mismo instrumento para medir si a un nivel cognoscitivo aportó a la definición de su concepto de parentalidad, a conocer una serie de estrategias parentales y conocimiento del impacto de su privación de libertad en sus familias. También se recopiló información sobre su conocimiento acerca de estrategias que le ayudarán a mejorar la relación con sus familias (sobre todo hijos e hijas) y sobre la construcción de certezas que apoyen su proceso de salida del centro penitenciario y posterior reintegración a distintos espacios (familiares, laborales, barrio, etc.). Esta evaluación ex post fue aplicada a los mismos siete (7) padres privados de libertad a los que cuales se

les aplicó el instrumento ex ante inicialmente. Se sumaron a esta evaluación cinco (5) padres privados de libertad más, estos se fueron integrando en el transcurso de las sesiones, pero no se consideraron en el análisis ya que no participaron de la evaluación ex ante o diagnóstica.

Es decir, el instrumento final (ex post) se aplicó a un total de doce (12) padres privados de libertad, pero para el análisis se consideraron siete (7).

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Para efectos prácticos y para presentar los resultados obtenidos y su análisis, se realizaron apartados por cada una de las categorías o ámbitos revisados. En cada una de ellas se presentarán los datos extraídos del diagnóstico o evaluación inicial, citas de las evaluaciones y una pequeña síntesis del análisis de los datos.

Concepto de parentalidad y consecuencias del internamiento en su parentalidad

Se indagó en los internos sobre qué significaba para ellos ser padres y privados de libertad, el grupo mayor de ellos menciona la dificultad de la tarea de ser padres cumpliendo una sentencia y la definen como una tarea incompleta. Mencionan sentirse frustrados e imposibilitados de ser padres, a pesar de querer realizar la labor. También describen su rol de padre en tareas limitadas y específicas como sólo dar educación, dar cariño o apoyar económicamente. En general se sienten incompletos e irresponsables como padres ya que se conciben como limitados e imposibilitados para continuar con la labor de padre según su significación y debido a la falta de presencia física. Solo un par de ellos mencionan un rol más integral en la crianza de los hijos y establecen que desde su internamiento también siguen criando y siendo padres.

Es algo difícil en la vida para mí el no poder con mis hijos. No puedo estar presente ni en su educación ni en sus logros. (L. Castro, entrevista Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, 14 de enero 2019).

Después de la intervención y en relación a esta categoría se puede observar que los entrevistados mencionaron discursos más responsables y esperanzadores con respecto a la primera evaluación, en donde su condición de internamiento limitaba y casi anulaba su rol de padre. En general los padres



mencionaron después de la intervención que, si bien es una situación difícil, pueden continuar con su labor de padres desde dentro del centro penitenciario y que no será para siempre. También se puede rescatar el reconocimiento de la valía o valoración de su presencia o existencia en la vida de su hijos/as y su familia y la necesidad de mantener este vínculo ligado a los beneficios emocionales recíprocos.

Es la posibilidad de relacionarme bien con ellos en todas sus etapas. Niño, adolescente y adulto. Y poder crear sólidos lazos afectivos en ellos y tener una agradable crianza. Es tener una responsabilidad con la familia, estar ausente, pero seguir desde aquí con ella. (D. Leiva, entrevista Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, 21 febrero 2019).

Impacto en la familia en el proceso de encarcelamiento
Después de la intervención y frente a esta categoría, se observa en el discurso de los internos una mayor conciencia sobre las consecuencias del internamiento en sus familias, entre ellas mencionan la agresión de amigos y amistades a los hijos/as, el alejamiento de la familia más extensa a su familia nuclear (pareja, hijos/as), el hecho de que su familia se sienta sola, el descuido de su familia en diversos ámbitos; entre ellos lo económico, lo moral, lo escolar, además de percatarse de que les afecta su propia ausencia y aportes.

Son muchas las consecuencias, algunas son irreversibles. Pero hoy sé que descuidé a mis hijos en lo económico, en lo moral, en lo escolar, etc. (D. González, entrevista Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, 21 de febrero 2019).

Después de la intervención y frente a esta categoría, se observa una diferencia en el discurso de los internos en relación a la primera evaluación, se puede identificar un mayor conocimiento o conciencia de la diversidad de consecuencias que tuvo su internamiento, a pesar de mencionar solo algunas de esas consecuencias.

Expectativas y temores al terminar su proceso de sentencia

Después del taller y de ser analizadas sus respuestas se observa una mayor profundidad y desarrollo en cuanto a la descripción de sus expectativas y temores

con respecto a su salida del penal. Las expectativas se convierten en temores cuando se presenta su imposibilidad; entre estos últimos mencionan la discriminación familiar, social, laboral y el desempleo. Al preguntarles sobre si tenían algún plan para resolverlos, muy pocos de ellos mencionaron un plan concreto para resolverlos, más bien nombraron disposiciones que les permitirían poder acercarse a ellos, pero no acciones concretas.

Mis mayores temores son la falta de empleo y la discriminación por haber estado aquí... Entre mis planes para lograrlo se encuentran, hablar con la verdad y sobre todo con amor a mi familia. S. Romero. (entrevista Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, 21 de febrero 2019).

Al analizar esta categoría, al terminar su proceso de sentencia, se puede desprender que, si bien hubo un cambio en su discurso en donde los internos logran darle una mayor profundidad las problemáticas relacionadas con sus expectativas y temores, la mayoría de ellos al momento de preguntarle sobre un plan de acción para resolverlos, no mencionaron un plan concreto, excepto dos de ellos. Los demás mencionan actitudes para resolver estas problemáticas, para que los reciban mejor y para poder adaptarse, pero no mencionan un plan. Desde esta perspectiva se propone revisar esta parte del taller para poder determinar cómo se puede mejorar.

Estrategias Triple P y estrategias utilizadas por los internos

Después de la intervención, los entrevistados mencionaron que además de las llamadas telefónicas, utilizaban como una estrategia el conversar y escuchar a sus hijos e hijas con frecuencia, el estar permanentemente comunicados, el apoyo constante y la presencia permanente; además del afecto y la cercanía para estar presentes en la vida de sus hijos e hijas.

Con respecto a la disciplina mencionaron que platicaban con ellos para ayudarles a establecer su propio criterio, que le ponen límites a su conducta y se apoyan en la cuidadora de sus hijos/as para estas labores. También buscaban instancias para hablarles de valores y principios, sobre las consecuencias de los actos. Solo uno de ellos mencionó no poder hacerlo, argumentando que “no tenía cara para



decirlo”, haciendo referencia a la incongruencia de ser un referente moral para sus hijos si se encontraba cumpliendo una sentencia.

Con respecto a las estrategias para enseñar mencionaron utilizar principalmente el ejemplo (modelaje), el diálogo, la comprensión y se esforzaban por ser amistosos con sus hijos/as. En cuanto a las formas de demostrar afecto mencionan; abrazos, caricias, diciéndoles que los aman, tratando de demostrárselo de distintas formas, en cada momento que pueden, solo mencionan formas cercanas y amables.

En cuanto a las necesidades y cuidados de los niños/as mencionan la diversidad de ellos; amor, respeto, educación, cuidado, seguridad, escucha y la presencia de ellos mismos como padres. Algunos de ellos establecieron ser conscientes de que no sabían las necesidades de sus hijos/as, pero que se estaban esforzando por aprenderlas.

Al preguntarles sobre expectativas en sus hijos e hijas declaran que esperan de ellos y ellas que sean buenas personas, que puedan realizarse y desempeñarse en lo que ellos/as quieran, que logren ser felices y alcanzar sus metas; una gran parte menciona el que no cometan los mismos errores que ellos.

Haciéndoles saber las consecuencias y pues no prohibiéndoles si no haciéndoles saber lo que puede pasar. Con buenas palabras con cariño y respeto... Para que sea una persona de bien y no sigan los malos ejemplos que hice antes. (D. Ramírez, entrevista Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte, 21 de febrero 2019).

Con respecto a sus expectativas como padres mencionaron: poder apoyarlos, acompañarlos y poder ser un buen ejemplo para ellos, además de poder darles una buena educación.

En cuanto a las estrategias de autocuidado, aquí es donde se observa el gran déficit, ya que la gran mayoría de ellos mencionaron no realizarlas. Solo tres de los internos describieron ir a terapias, hacer ejercicios y cuidar de sí mismos.

En esta categoría se puede concluir que después de la intervención, hubo un cambio en el discurso de los internos. Se puede observar un mayor reconocimiento y descripción de actividades en las que ellos pueden estar presentes en la vida de sus hijos e hijas.

Se identifica también una presencia generalizada en su discurso: del afecto, la confianza y el apoyo como estrategias constantes y básicas en la crianza de sus hijos e hijas. Se observa en su discurso una mayor conciencia del desconocimiento con respecto a las necesidades de sus hijos e hijas, pero que es algo que se puede subsanar. Se pudo observar expectativas realistas con respecto a sus hijos e hijas, que descansan en las que se plantee el niño o niña y expectativas realistas de ellos como padres en su condición de privado de libertad. Desde esta condición se percibe la autorregulación y la voluntad de que ellos puedan ser un buen ejemplo a través del modelaje. No se logró observar un cambio significativo a nivel discursivo y de manera generalizada, en el ámbito de las estrategias de autocuidado de los padres, (estudios en nuevas masculinidades mencionan que este es un aspecto generalizado en los hombres) solo un par de ellos mencionaron las terapias, su propio autocuidado y el ejercicio físico como estrategias de cuidado.

DISCUSIÓN

El trabajo de investigación e intervención en el sistema penitenciario en México, presenta una serie de problemáticas que dificultan el trabajo en él. Entre las más complejas se encuentra los excesivos trámites burocráticos y los vacíos de tiempo que quedan entre la entrega de un documento y la autorización de este. En el caso de esta intervención pasaron tres meses entre la entrega y la autorización del ingreso y el programa. Por otro lado, existe una falta de coordinación entre la Subsecretaría de Penitenciarias y quienes difunden y gestionan los espacios y la información dentro de los centros penitenciarios. Es decir, lo que dice la organización central se hace, sin considerar los recursos y actividades de los internos. Estos factores dificultaron la obtención de un espacio físico, que hubo que gestionar al momento del ingreso, también al momento del ingreso. Hubo que adaptar una serie de procedimientos ya que el horario del taller coincidía en paralelo con otros cursos obligatorios de los internos. También se supo que la información sobre el taller había llegado el día anterior y la encargada de difusión no había podido informar sobre el taller a los internos, por lo que hubo que realizar una difusión del taller boca a boca, ese mismo día, por el patio del centro penitenciario. Además, se dio a conocer el taller como una escuela



para padres, sin dar la información detallada sobre los objetivos y contenidos.

Una vez que se llevó a cabo la primera sesión y al darse cuenta algunos internos que no era solo una escuela para padres, comenzaron a comentar entre ellos sobre las sesiones y los aprendizajes; luego de esto el número de participantes pasó de 7 a 12 internos, fue aumentando a medida seguían las sesiones. Aun así y siguiendo la obligatoriedad de los talleres a los que ya estaban inscritos algunos internos, se ausentaban en parte de las sesiones y volvían, se generaba una suerte de rotación. La mayoría de ellos asistieron a casi todo el taller y no se ausentaron debido a que estaban prontos a salir (menos de un mes), por lo que ya no debían llevar los cursos obligatorios y estaban interesados en los contenidos del taller y les daba confianza para enfrentar su pronta salida e inminente encuentro con sus familias, hijos/hijas y el exterior mismo. De hecho, algunos de ellos no se les pudo aplicar el instrumento de evaluación ex post, debido a que su liberación sucedió antes de esta aplicación a un mes de la intervención, esta situación es una limitante para poder evaluar ya que los internos no saben con certeza el día de su liberación.

CONCLUSIONES

Si bien, la mayoría de hombres privados de libertad en México son padres y una gran cantidad de ellos se ven interesados en capacitaciones de estas características, no todos pueden acceder a estos programas debido a distintos factores, entre estos que muchos de ellos presentan antecedentes que pueden representar un peligro para el bienestar superior de los niños y niñas. Existen centros penitenciarios en México como el Centro de Ejecución de Sanciones Penales, en donde seleccionan a los internos por su buen comportamiento, con ellos se puede trabajar, considerando que reciben un tratamiento integral. Este tipo de metodologías de tratamiento debiesen replicarse en la República Mexicana.

El enfoque en Parentalidad Positiva y la metodología planteada por el programa Triple P, es una herramienta efectiva para el trabajo con padres, madres y cuidadores, ya que cuestiona la paternidad tradicional o estilo parental autoritario, democratizando las responsabilidades, el cuidado y la crianza de los hijos e hijas.

Para efectos de este trabajo con padres privados

de libertad, fue necesario que se adaptaran las estrategias, su formato y su contenido, adecuándolos a su condición de internamiento. Haciéndolas más vivenciales y socioafectivas, reduciendo el contenido teórico expositivo para mantener su atención. Se hizo necesario detenerse en los estilos parentales y generar espacios para el auto cuestionamiento sobre si el estilo autoritario (predominante en los participantes), vinculado a una paternidad tradicional proveedora, era el mejor estilo considerando la carga emocional que significaba.

En términos generales este trabajo arrojó resultados positivos, en donde se observan cambios a nivel discursivo favorables en cuanto a: concepción de ser padre privado de libertad, a estrategias parentales, a las necesidades de los hijos e hijas, e impacto del internamiento en la familia. También se observaron avances en cuanto a la clarificación de temores y expectativas en relación con su egreso del centro penitenciario. No se observaron cambios significativos a nivel discursivo en cuanto a las estrategias de autocuidado. Con respecto a esto se evidencia que la dinámica parental es atravesada por una cuestión de género.

La socialización masculina está orientada, entre muchos otros aspectos, a no demostrar afecto, a ser el proveedor, a imponer disciplina a través de la violencia, control de la emotividad, desconexión emocional, etc. Estas características fueron identificadas como predominantes en este grupo de padres privados de libertad. En ese sentido, un aspecto pendiente en este trabajo y sumamente indispensable, es la profundización de la perspectiva de género en los estudios con padres privados de libertad. Es necesario que futuras investigaciones integren los aportes de estudios en nuevas masculinidades, paternidades y masculinidad hegemónica.

Aquí se debe manifestar también que uno de los aportes más significativo de este trabajo para los participantes fue el poder generar y abrir espacios de confianza a modo de círculos, en donde los hombres podían adquirir información, pero también se daban las condiciones para que pudieran expresar abiertamente emociones, sentimientos, planes, sueños, problemáticas y sobre todo experiencias relacionadas con sus hijos e hijas.



BIBLIOGRAFÍA

- Cea, D. M. (2001). *Metodología cuantitativa: Estrategias y técnicas de Investigación social*. Síntesis sociológica.
- Departamento Sociología U. Alicante. (s.f.). *Técnicas de Investigación Social*.
<https://sites.google.com/site/tecninvestigacionsocial/temas-y-contenidos/tema-4-las-tecnicas-estructurales-entrevista-grupo-de-discusion-observacion-y-biografia/disenio-de-la-investigacion-cualitativa/tipos-de-muestreo-cualitativo>
- Gibbs, G. (2007). *Análisis de datos cualitativos en la investigación cualitativa*. Morata.
- Hernandez, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Muñiz, M. (2010). Estudios de caso en la investigación cualitativa. https://psico.edu.uy/sites/default/files/cursos/1_estudios-de-caso-en-la-investigacion-cualitativa.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la reintegración Social de Delincuentes*. Oficina de Naciones Unidas.
- Programa en Parentalidad Positiva [Triple P] (2009). *Manual del facilitador*. Universidad de Queensland.
- Subsecretaría de Sistema Penitenciario CDMX. (2020, 31 de julio). Centros de reclusión. <https://penitenciario.cdmx.gob.mx/centros-de-reclusion/centro-de-ejecucion-de-sanciones-penales-varonil-norte>
- Turner, K., Markie-Dadds, C. Sanders, M. (2013). *Manual del facilitador para Triple P Breve*. Triple P Internacional.



VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE

DOMESTIC VIOLENCE AND THE PROCESS OF FAMILY MEDIATION IN CHILE



Tamara Valeria Evert Díaz

Trabajadora Social por la Universidad Católica Silva
Henríquez, Mediadora Familiar y
Facilitadora del Programa en Parentalidad Positiva
(Triple P)
tamara.evert.d@gmail.com
Chile

RESUMEN

A partir del proceso de problematización de la violencia intrafamiliar, se ha podido concebir el desarrollo de las políticas públicas en Chile que permiten la protección de todas aquellas personas que sean víctimas de algún acto discriminatorio o abusivo. Dentro de esta protección, se visualiza el derecho a la imparcialidad, el acceso a un proceso reparatorio, y un sistema de prevención de la violencia. Sin embargo, se plantea la discusión si en casos de violencia intrafamiliar es posible la mediación familiar considerando los contextos de vulneración que afectan a un grupo familiar. Este documento expone la necesidad de analizar sobre esta intervención social que se encuentra en las políticas públicas en Chile.

PALABRAS CLAVES

Violencia intrafamiliar, políticas públicas, mediación familiar en Chile.

ABSTRACT

From the process of problematization of domestic violence, it has been able to conceive the development of public politics in Chile that allow the protection of all persons who are victims of any discriminatory or abusive act. Within this protection, the right to fairness, access to a reparative process, and a system

of prevention of violence displayed. However, if the discussion arises in cases of domestic violence family mediation it is possible considering the injure contexts that affect a family. This document raises the need to analyze this social intervention that is in our public politics in Chile.

KEY WORDS

violence domestic, public politics, family mediation in Chile.

INTRODUCCIÓN

En Chile, la violencia intrafamiliar (en adelante VIF) es una temática que ha adquirido importancia a lo largo del tiempo, la cual en términos de mediación familiar ha sido un tema tabú dentro de los años, debido a su prohibición por parte de las políticas públicas.

A partir de lo anteriormente descrito, se planteó como pregunta de investigación ¿es mediable la violencia intrafamiliar en Chile? La cual será analizada desde un enfoque de derecho para contemplar si es una materia mediable.

La importancia de analizar si la violencia intrafamiliar es mediable o no, permite reconocer que a pesar de que existan medidas para la erradicación de la violencia siempre es una materia que debe someterse a un análisis crítico para mejorar aquellas políticas públicas que se encuentran vigentes. Todo esto con el fin de aportar a la disciplina en una materia siempre vigente y que necesita constantes revisiones de cómo es enfrentada.

METODOLOGÍA

La postura epistemológica o bien teoría del conocimiento en que se basa este artículo es el formalismo jurídico, ya que se sustenta en la legislación chilena y en instrumentos internacionales de derechos Humanos relativos a la materia a desarrollar. Para identificar si la violencia intrafamiliar es mediable en Chile, se desarrollará el artículo de la siguiente manera:

En primera instancia, se realizará una conceptualización de la violencia intrafamiliar entendiéndose a grandes rasgos como aquel acto de violencia que afecta la integridad física, psicológica e incluso sexual de una víctima dentro del contexto familiar dentro del cual se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Paralelamente, se tratará el proceso legislativo que visualiza que cualquier acto



de violencia en contexto familiar o contra la mujer es penado por ley, destacando el derecho a la protección, acceso a medidas de prevención y la restitución de derechos para las víctimas que han sufrido algún acto de vejación. Esto con el fin de dar cuenta porque la mediación familiar no es medible en Chile.

Como segundo punto, se desarrollará el proceso de mediación familiar que se encuentra establecido y normado según la ley N° 19.968, en la cual en su artículo 103, establece que la mediación es entendida como aquel: “sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos” (Ley N° 19.968, 2004, 30 de agosto). Esto con el fin de comprender el proceso previo obligatorio establecido en Chile. Es por esto que el rol del mediador se hace crucial para negociar y mediar las partes en conflicto para tratar de llegar a un acuerdo.

¿CÓMO SE HA IDO INSTAURADO LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CHILE?

Para comenzar, hay que destacar que Chile ha ratificado de diversas convenciones internacionales, que tienen por objetivo común el otorgar a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar una especial protección. Dentro de las convenciones más importantes destacan:

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida también en sus siglas en inglés CEDAW que Chile ratificó el 7 de diciembre de 1989. Este instrumento establece un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual en su recomendación general número 19 indica en los párrafos 6 y 7 que:

En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no.

La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye

discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención. Estos derechos y libertades comprenden, entre otros: a) el derecho a la vida; 2 b) el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c) el derecho a la protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; d) el derecho a la libertad y la seguridad de las personas; e) el derecho a la protección igual de la ley; f) el derecho a la igualdad en la familia; g) el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental; h) el derecho a condiciones de empleo justas y favorables (Recomendación Número 19, 1992, 29 de enero).

Del mismo modo, cabe señalar la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define la violencia hacia la mujer como: "Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico" (20 de diciembre, 1993, art. 1).

Por otra parte, es preciso destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará, la cual comparte que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y que se entenderá:

“... incluye la violencia física, sexual y psicológica:

que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. (9 de junio, 1994, art. 2).

De las diversas convenciones y de la jurisprudencia de los organismos de derechos humanos se derivan algunos deberes específicos para los Estados, entre los que cabe destacar especialmente los siguientes:

A) Deber de prevención; se destaca la relevancia de las políticas públicas preventivas para la erradicación de la violencia intrafamiliar. B) Deber de protección; Acceso a la justicia en los casos de violencia intrafamiliar, que tiene como uno de sus



objetivos fundamentales las medidas de protección a la víctima. C) Deber de investigar y sancionar; Investigar y sancionar los delitos cometidos por los individuos en casos de violencia intrafamiliar. D) Servicios de atención integral a las víctimas. E) Establecer servicios y beneficios sociales a favor de las mujeres víctimas de violencia. Es importante destacar que todas las normas internacionales descritas anteriormente son leyes constitucionales desde su ratificación mientras se encuentren vigentes, según lo dispone el artículo 5to de la Constitución Política del Estado.

A nivel nacional, es necesario mencionar que Chile no ha estado alejado de la tendencia de tomar medidas de respeto y garantía para combatir la violencia intrafamiliar como un tema de derechos humanos, ya que en el año 1994 se dictó la Ley N.º 19.325, la primera ley de Violencia Intrafamiliar, reconociéndola como una materia de preocupación del sistema jurídico y una conducta inaceptable que se incluyó en el catálogo de injustos contra las personas. La ley también estableció una serie de iniciativas públicas que fueron creando el sistema de protección, atención, asistencia jurídica para las víctimas de Violencia Intrafamiliar y sanciones para los agresores. Posteriormente, en el año 2005 la ley N.º 19.325 es reemplazada por la actual ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar. Esta ley define la Violencia Intrafamiliar, como:

[T]odo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente (Ley 20,066, 2005, 7 de octubre, art.5).

Entre los principales aportes de esta ley, destacan:

- A. Definir con mayor precisión las personas y relaciones que serán objeto de protección de la ley, incorporando expresamente a los ex cónyuges y ex convivientes, y ampliando el sujeto protegido a los padres de hijo/s común/es.
- B. Explícita y desarrolla los deberes del Estado chileno en materia de prevención, protección y asistencia a las víctimas de la VIF.
- C. En particular, las mujeres y niña/os Establece la obligatoriedad de otorgar medidas de protección para las víctimas que se encuentren en situación de riesgo.
- D. Fortalece la labor policial con facultades para intervenir en casos de VIF.
- E. Prohíbe los acuerdos reparatorios e

imposibilita realizar mediación. En Chile la Ley 20.066 eliminó la posibilidad de decretar esta salida alternativa como forma de término de las causas sobre Violencia Intrafamiliar.

F. Limita las salidas alternativas en sede penal y familiar. Establece un régimen de sanciones accesorias.

G. Faculta al Servicio Nacional de la Mujer para patrocinar a mujeres víctimas, ante el sistema penal.

H. Por último, es importante destacar que crea el delito de maltrato habitual. Además de crear un estatuto común en materia de cautelares, riesgo, accesorias y otros para la Violencia Intrafamiliar sea ésta de competencia de los Tribunales de Familia o del Ministerio Público.

Es fundamental destacar el aporte de la Ley de Femicidio N.º 20.480 de diciembre de 2010, la cual modifica la normativa anterior e incluye en el Código Penal el delito de Femicidio.

Como explica el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género:

Según la legislación chilena (ley 20.480), un femicidio es el asesinato de una mujer realizado por quien es o ha sido su esposo o conviviente. Este delito es la forma más extrema de violencia contra las mujeres y es una muestra de que en nuestras sociedades todavía se cree que los hombres tienen derecho a controlar la libertad y la vida de las mujeres. Las penas para quienes cometen femicidio en Chile van desde los quince años y un día de cárcel hasta la cadena perpetua (Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, s.f.).

Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género El Servicio Nacional de la mujer (SERNAM) ahora Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (SernamEG), fue creado bajo la Ley N.º 19.023, publicada el 3 de enero de 1991 por el Gobierno de Chile, con el fin de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La creación del SERNAM, fue resultado:

[D]e la recuperación de la democracia y de la participación política y social de las mujeres. Esta institución recogió la trayectoria de las chilenas en sus esfuerzos por conquistar el derecho a voto, el acceso a la educación, al trabajo remunerado y a una relación de equidad al interior de la familia y la pareja (Gobierno Regional de Tarapacá, 2018).

La misión del SERNAM ahora SernamEG, es:

Fortalecer las autonomías y ejercicio pleno de derechos y deberes de la diversidad de las



mujeres, a través de la implementación y ejecución de Políticas, Planes y Programas de Igualdad y Equidad de Género, considerando el enfoque territorial, y aportando al cambio cultural que se requiere para alcanzar una sociedad más igualitaria entre mujeres y hombres en el país (SernamEG, s.f.).

Es por este motivo que el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), en el año 2000 pone en marcha los “Centros de Atención Integral y Prevención en Violencia Intrafamiliar”, los cuales están conformados por equipos multidisciplinarios que brindan atención especializada a quienes viven violencia Intrafamiliar. A partir del año 2005, estos centros se pasaron a llamar “Centros de la Mujer”, sin embargo, siguieron manteniendo sus mismos objetivos y finalidades.

Todo esto se ha realizado con el objetivo de contribuir a reducir la violencia contra la mujer, especialmente la que se produce en las relaciones de pareja, esto se consigue mediante la implementación de un modelo de intervención integral con énfasis en la prevención comunitaria y la atención a mujeres que son víctimas de violencia.

Conceptualización de la violencia contra la mujer
Para entender lo que es la violencia hacia la mujer, es necesario aclarar lo que es la violencia. Esta es una práctica orientada, elaborada, aprendida y legitimada de quienes se sienten con más poder que otros, con más derechos que otros de controlar e intimidar.

La Violencia Intrafamiliar, se refiere a toda relación de abuso permanente que se da entre los miembros de una familia, constituida por acciones u omisiones que causan daño físico, psicológico o sexual. En un sentido amplio, se puede decir que cualquier miembro de la familia, independientemente de su sexo o edad, puede ser agente o víctima de la relación abusiva. Sin embargo, según las orientaciones técnicas del Centro de la Mujer (2018) las estadísticas a nivel internacional y nacional muestran que las mujeres, las niñas y los niños, así como los y las adultos mayores, son las víctimas más comunes de esta.

Por otro lado, la violencia doméstica se entiende como:

[T]oda forma de maltrato o abuso sea físico, psicológico-emocional, sexual o económico que tiene lugar en la pareja sin importar la forma del vínculo. Se trata de prácticas abusivas ejercidas por una persona con quien la mujer tiene o tuvo una relación afectiva o de pareja (Duque et al, 1993).

La Organización Mundial de la Salud (OMS, s.f.) considera a la Violencia Doméstica como uno de los principales problemas de Salud Pública dado que

sus víctimas padecen más problemas de salud, por lo tanto, acuden con mayor frecuencia a los servicios hospitalarios de urgencia, que las personas que no sufren maltrato, lo que genera mayores costos de atención sanitaria en el sistema. El impacto y daño emocional que la violencia deja en las víctimas se describe como una:

[R]eacción inmediata de malestar que, de no resolverse, las lleva a desarrollar patrones sintomáticos crónicos y de larga duración, consistentes en diferentes trastornos emocionales tales como el estrés post traumático, la depresión, los problemas psicosomáticos y los trastornos de ansiedad (Valdés y Juárez, 2006).

Las investigaciones muestran una directa relación entre la salud mental de las mujeres y la violencia doméstica (Orientaciones técnicas, 2018). Asimismo, la violencia puede originar lesiones o discapacidades graves o incluso la muerte. En comparación con sus pares que no han sufrido violencia, las mujeres maltratadas presentan tasas más altas de embarazos no deseados y abortos, infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH, y trastornos mentales.

Además, se estima que el 46% de las mujeres víctimas de violencia doméstica presentan el Síndrome de Stress Post Traumático (porcentaje similar existente en víctimas de agresiones sexuales), cuyos principales síntomas en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar son: vivencia recurrente del trauma en recuerdos intrusivos (flashbacks), o sueños, falta de respuesta frente a diversas situaciones, anhedonia, hipervigilancia, insomnio, ansiedad, depresión, ideación suicida, abuso de alcohol y drogas (Orientaciones técnicas, 2018).

A esto se suma los resultado de estudios que muestran consistentemente que las mujeres víctimas de violencia son más vulnerables a vivir nuevas victimizaciones, lo que contribuye a explicar dos fenómenos: por una parte, la dificultad de las mujeres que sufren abusos para asumir esta realidad, su tendencia a permanecer y volver con la pareja a pesar de la violencia a la que se ven expuestas; y, por otra parte, la recurrencia con que estas mujeres establecen nuevas relaciones en las que se repiten las conductas abusivas en su contra.

Este efecto devastador de la violencia intrafamiliar, deriva de la combinación de dos factores principales: primero, la violencia proviene de quien se espera protección, cuidado y respeto; y la transformación del carácter protector en violento, ocurre en un contexto y un discurso que niega o justifica esta contradicción. Segundo (y a raíz de lo anterior), la víctima queda imposibilitada de definir como violento el comportamiento de su agresor, perdiendo su capacidad de consentir o disentir. Lo traumático



está dado entonces, por la redefinición de la violencia: "tú me obligas a hacerlo", "lo hago porque te lo mereces" (Orientaciones técnica, 2018).

Lo anterior se ve facilitado por otro de los elementos más determinantes en el nivel de sufrimiento psicológico de las víctimas: la falta de acceso a sus redes familiares y sociales. El aislamiento, como un efecto o manifestación de la violencia se ve agravado por la incapacidad del resto de la sociedad de generar soportes que sean capaces de brindar una protección eficaz y reconocer la violencia como experiencia traumática y causante del deterioro progresivo de la calidad de vida.

Cabe mencionar también que la violencia contra la mujer no solo afecta a quienes la sufren, sino que también puede alterar la salud y el bienestar de los niños en la familia. Esto se debe en parte a las tasas más altas de depresión y estrés postraumático en las madres maltratadas, y a los efectos destructores de la violencia infligida por la pareja, lo que afecta su capacidad de establecer vínculos y de ejercer la maternidad. Además, las mujeres víctimas de violencia doméstica, tienen mayores probabilidades de ejercer violencia contra sus hijos e hijas.

A partir de todo lo descrito anteriormente, es posible visibilizar los efectos de la violencia intrafamiliar, ya sea de forma directa e inmediata, como de forma indirecta y a largo plazo, implicando en ámbito laboral, familiar y en toda forma de relación interpersonal. Además, la violencia intrafamiliar afecta a la víctima y a todo su entorno.

LA MEDIACIÓN EN CHILE: "MEDICIÓN PREVIA, VOLUNTARIA Y PROHIBIDA"

Antecedentes Generales de la Mediación en Chile

Desde la perspectiva de la política pública, la mediación familiar busca contribuir a procesos de separación no destructivos, que regulen de manera eficiente y al más bajo costo posible los efectos de las rupturas que aparecen como irreparables.

La Mediación desde la política pública tiene un Triple objetivo, el cual busca: a) Aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores de mayor vulnerabilidad socioeconómica. b) Descargar (descongestionar) el trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión. c) Mejorar la calidad de soluciones a través de una mayor participación de las partes.

[L]a mediación tuvo una incidencia marginal en el "sistema de multipuertas" creado por la Ley N.º 19.968. El año 2006, se derivaron desde los Tribunales de Familia el 2,9% de las causas ingresadas, y el año 2007, el 5,7% de

ellas; cifras que estaban muy por debajo de las estimaciones iniciales, que consideraban que al menos el 20% de las causas ingresadas al sistema se resolverían a través de la mediación" (Obreque y Tobar, 2012).

Como resultado de lo anterior, se puede señalar que la mediación no había sido una alternativa real a la vía judicial y tampoco había colaborado en la disminución efectiva de carga de los tribunales (Obreque y Tobar, 2012). En consecuencia, la mediación desde el punto de vista de su real incidencia en la resolución de conflictos, como parte de una política judicial en materia de conflictos familiares, es evidente que no se había cumplido con los objetivos previstos por el legislador. Es en este orden de cosas que se llega a la discusión de la Ley N.º 20.286 (Obreque y Tobar, 2012).

Es preciso mencionar que, dentro del conjunto de modificaciones introducidas por la Ley N.º 20.286 se contempla una nueva regulación referente a la mediación. Anteriormente se pudieron visualizar los problemas que experimentó el funcionamiento de la mediación en su concepción original, lo cual incidió en una muy reducida aplicación de este método para solucionar los conflictos familiares (Obreque y Tobar, 2012).

Una vez que la Ley N.º 20.286 sustituyó completamente el Título V de la Ley N.º 19.968, se estableció un nuevo articulado sobre la materia; sin embargo, cuando se sustituyó íntegramente el Título V, en general es posible advertir que se mantiene el procedimiento de mediación en un sentido muy similar al original (Obreque y Tobar, 2012), salvo por dos situaciones:

1. Se instauró la mediación como obligatoria de forma previa a la tramitación judicial de ciertas materias.
2. Se apartaron los trámites para acceder a la gratuidad de la mediación.

Estas modificaciones alteraron sustancialmente su aplicación, sobre todo en lo que se refiere a la mediación con carácter previo y obligatorio para determinadas materias.

La mediación actual bajo el Título V de la Ley de Tribunales de Familia

Previo al análisis de la definición contemplada en la ley de Tribunales de Familia se hace referencia de la propuesta por Obreque y Tobar (2012) la cual conducentemente señala lo siguiente:

[L]a mediación es definida como el sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos,



mediante acuerdos.

La definición anterior pone especial énfasis en tres elementos fundamentales:

- * La mediación es un mecanismo para resolver conflictos.
- * Presencia de un tercero imparcial sin poder decisorio.
- * Las partes son quienes de común acuerdo solucionan el conflicto.

Sin embargo, la incorporación de la mediación regulada en materia de contención familiar no obsta a que las partes acuerden avenimientos fuera del proceso de mediación. (Obreque y Tobar, 2012).

El artículo 105 de la ley N°19.968 que crea los tribunales de Familia, establece principios que se deberán respetar durante todo el proceso de mediación. Actualmente, la regulación que se hace de la materia es más exhaustiva que aquella que existía con anterioridad a la dictación de la Ley N.º 20.286, habiéndose incorporado nuevos principios como el de voluntariedad (Obreque y Tobar, 2012).

Dicho esto, es preciso señalar que, dentro del proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios: a) Igualdad b) Voluntariedad c) Confidencialidad d) Imparcialidad e) Interés superior del niño f) Opiniones de terceros. Cabe señalar que las materias de mediación se distinguen entre materias de mediación previa, materias de mediación voluntaria y materias de mediación prohibidas.

Materias de Mediación Previa

Estas se Centran en las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial deberán someterse a un procedimiento previo a la interposición de la demanda (Obreque y Tobar, 2012).

Es necesario mencionar que las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito:

- 1) Si acreditaran que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia o,
- 2) Si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias.

Materias de Mediación Voluntaria

Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes voluntariamente. El procedimiento solo se iniciará por acuerdo de los involucrados, ya sea antes de que se haya judicializado

el asunto, o con posterioridad a la interposición de la demanda (Obreque y Tobar, 2012).

Cabe señalar que en cuanto a las materias respecto de las cuales procede, estas son todas aquellas cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Familia, con excepción de las materias de mediación prohibida (Obreque y Tobar, 2012).

Materias de Mediación Prohibidas

De acuerdo al artículo 106 de la Ley 19,968 (2004, 30 de agosto) no se someterán a mediación los asuntos relativos:

- ◇ al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil;
- ◇ la declaración de interdicción;
- ◇ las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y;
- ◇ los procedimientos regulados en la ley N.º 19.620, sobre adopción.

Suspensión condicional de la sentencia en casos de Violencia Intrafamiliar

Es preciso señalar que, de acuerdo a Seguel (2015) en causas de Violencia Intrafamiliar, el denunciado o demandado 1) Reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y 2) Existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, a su vez el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las condiciones que establece el artículo 96 de la Ley 19,968, a saber:

- a. Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima.
- b. Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en la ley de tribunales de familia por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

Es importante señalar que el tribunal previo al acuerdo de las partes, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de establecer obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima (letra a). Además, una vez aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia.

Según Seguel (2015) es por este motivo que el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en



capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. Asimismo, manifiesta que la resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se hace fundamental destacar que la mediación en términos de violencia intrafamiliar no es practicable dentro de la legislación chilena, debido a que uno de los principios fundamentales de la mediación es que se establezca una igualdad de las partes.

Sin embargo, como se ha podido apreciar dentro del escrito, las víctimas de violencia intrafamiliar no se encuentran en igualdad de condiciones frente a su agresor, ya que, debido al posicionamiento de poder existente en el agresor sobre la víctima, éste no permite que se visualice una condición de igualdad. Por esta misma razón, es que se vuelve imperioso destacar que la Ley 20.066 respalda que, ante una situación de violencia no se puede llevar a cabo el proceso de mediación, ya que se vuelve primordial poder dar una atención psicosocial a la víctima, la cual se encuentra en un contexto de vulnerabilidad frente a su agresor.

Además, la ley 20.066, considera y reconoce la situación de desventaja social en que se posiciona la víctima, los contextos de vulnerabilidad y en algunos casos la situación de abandono cuando se rompen las redes sociales entorno a la víctima.

En última instancia, es preciso señalar que en algunos casos de violencia intrafamiliar cuando se levanta una sentencia, se puede realizar una mediación “puente” en donde las partes no mantienen un contacto directo durante el proceso de mediación y solo se reúnen al final de este, para poder firmar el acuerdo al que se llegó durante el proceso de mediación individual.

BIBLIOGRAFÍA

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 20 de diciembre, 1993,

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx#:~:text=Los%20Estados%20deben%20condenar%20la,la%20violencia%20contra%20la%20mujer>

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx#:~:text=Los%20Estados%20deben%20condenar%20la,la%20violencia%20contra%20la%20mujer>

Duque et al. (1993). *Violence against women: definitions and strategies. Prepared for the World Congress on Human Right New Delhi 11-15 December, 1990.*

Gobierno Regional de Tarapacá. (2018, 3 de enero) *Sernam y ahora SernamEG: Una historia de avances para las mujeres del país y Tarapacá.*

<https://www.goretarapaca.gov.cl/sernam-y-ahora-sernameg-una-historia-de-avances-para-las-mujeres-del-pais-y-la-region-de-tarapaca/>

Ley Número 19.968. (2004, 30 de agosto) Congreso Nacional de Chile.

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=245885>

Ley Número 20,066. (2005, 7 de octubre) Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242648>

Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género (s.f.) Preguntas frecuentes: ¿Qué es el femicidio?

https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=1359

Obreque, C y Tobar J. (2012). *La Judicatura de Familia*. LegalPublishing.



2

ARTÍCULOS ACÁDEMICOS



EL BIODERECHO: RELACIÓN ENTRE LA BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

THE BIOLAW: RELATIONSHIP BETWEEN BIOETHICS AND HUMAN RIGHTS



Alejandro Rosillo Martínez

Doctor en Derechos Humanos por la Universidad

Carlos III de Madrid

alejandro.rosillo@uaslp.mx

México

COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO “DERECHOS HUMANOS”

En términos generales, “derechos humanos” es un concepto moderno que se refiere a varias facetas de la vida política de las sociedades construidas bajo este imaginario. Estas podrían resumirse en:

a) Una comprensión de la ética pública: La acción política está en función del cumplimiento de ciertos principios éticos que se encuentran plasmados en los derechos humanos; de ahí que se relacione a éstos con la dignidad humana, por su contenido ético fundamental. Se insiste que los derechos humanos son la expresión jurídico-política de una ética mínima que guía la acción del Estado y la convivencia de los gobernados, que permite además que cada persona pueda realizar su propio proyecto de vida.

b) Una comprensión de la función del Estado: El Estado se constituye como un “Estado de Derecho”, es decir, que sus acciones deben sustentarse en el cumplimiento de la ley. La legalidad es la base del ejercicio del poder del Estado, que le significa un límite y una pauta de acción, tanto para no realizar aquello que tiene prohibido o para no omitir aquello que tiene como mandato. En efecto, no cualquier ley justifica el Estado de Derecho, sino debe ser una ley acorde con el contenido de los derechos humanos. En este sentido, Luigi Ferrajoli distingue entre la legalidad en sentido lato y la legalidad en sentido estricto:

a la legalidad en sentido lato, o validez formal, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y a la legalidad en sentido estricto, o validez sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión. (Ferrajoli, 2009, p. 856).

c) Una comprensión de legitimidad de la acción del individuo: Los derechos humanos conformarían una “esfera” de actuación legítima del individuo en relación con los otros individuos y con el Estado. Por un lado, cada individuo es titular de una esfera de derechos que le significan tanto el ámbito legítimo de su accionar como los límites de éste, es decir, “mis derechos terminan donde empiezan los derechos del otro”. Por otro lado, los individuos tienen una esfera de protección ante la acción del poder del Estado,

INTRODUCCIÓN

La relación entre derechos humanos y bioética puede abordarse desde diferentes puntos de vista. En este artículo se hará desde la perspectiva de los sistemas jurídicos que cuentan con derechos fundamentales dentro de sus normas y, por lo común, en un nivel constitucional. El objetivo es ofrecer una comprensión de derechos humanos –al tener calidad de normas jurídicas se nombran como derechos fundamentales– que pueda ubicarlos dentro del trabajo que se realiza dentro de la bioética. Esto es lo que se podría considerar el fundamento de la disciplina del Bioderecho.

En un primer momento se ofrece una comprensión básica de lo que son los derechos humanos en un sistema jurídico. Luego se explica la importancia de estos derechos en un sistema jurídico que se considera constitucional. A continuación, se discute cómo se plasman en una norma jurídica constitucional el contenido de un derecho humano y cómo esa norma se aplica. A partir de esto, se reflexiona sobre la vinculación que existe entre los derechos humanos y la bioética; para esto también se mostrarán algunos criterios del Poder Judicial Federal de México, que han aplicado las normas constitucionales de derechos humanos en casos que tienen implicaciones bioéticas.



tanto en sentido negativo (por ejemplo, el Estado no puede impedirme expresar mis ideas) como positivo (por ejemplo, tengo la expectativa de recibir un servicio de educación por parte del Estado).

Algunas de estas facetas han sido contenidas en otras expresiones que guardan relación con el concepto “derechos humanos”. Estas son: derechos naturales, derechos subjetivos públicos, libertades públicas, derechos morales, garantías individuales, derechos fundamentales (Peces-Barba, 1999, pp. 21-38; Ramírez García, 2014, pp. 23-29). Cada una de estas acepciones se ha construido en diversos contextos y son productos de distintos procesos; además, resaltan algún aspecto de eso que en general se ha llamado “derechos humanos”. En este contexto, una comprensión básica¹ del concepto de “derechos humanos” parte de entenderlos como derechos subjetivos; por ejemplo, una definición que se ha vuelto clásica es la otorgada por Luigi Ferrajoli:

Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (Ferrajoli, 2001, p.19).

Ahora bien, ¿qué se entiende por derechos subjetivos? Como puede observarse en la definición citada, Ferrajoli lo comprende como una expectativa positiva (recibir una prestación) o una expectativa negativa (de no ser lesionado). Pero, ¿quién está obligado a cumplir con esta expectativa, sea positiva o negativa? Tratándose de la concepción general de derechos humanos², es el Estado. Por lo tanto, se está ante la estructura más básica de un derecho subjetivo: una relación jurídica donde un sujeto tiene una expectativa (positiva o negativa) y otro sujeto tiene la obligación de cumplir con esta expectativa. Es decir, el derecho subjetivo se basa en una relación jurídica básica: a cada derecho –donde un sujeto A

es titular– le corresponde una obligación –donde un sujeto B es titular–.

No obstante, como lo ha demostrado Wensley Newcomb Hohfeld (1991), el concepto jurídico de “derecho subjetivo” no puede reducirse solo a la relación de derechos y obligaciones, ya que no todas las relaciones jurídicas a las que se refiere comprenden las mismas clases de acciones por parte de los sujetos implicados. Por eso, Hohfeld propone el análisis del derecho subjetivo a partir de las diversas posiciones que los sujetos titulares y obligados se encuentra. No realiza una definición formal, más bien presenta dos esquemas: los correlativos y los opuestos.

Los correlativos se refieren a las cuatro relaciones entre el sujeto titular (A) y el sujeto obligado (B). Estos serían:

- a. Cuando A tiene una pretensión (o derecho, estrictamente hablando), B tiene un deber.
- b. Cuando A tiene una libertad, B tiene un no-derecho.
- c. Cuando A tiene una competencia, B tiene una sujeción.
- d. Cuando A tiene una inmunidad, B tiene una incompetencia.

Por otro lado, los opuestos jurídicos se refieren al contenido de cada posición:

- a. Una pretensión (o derecho, estrictamente hablando) es lo contrario a un no-derecho.
- b. Una libertad es lo contrario a un deber.
- c. Una competencia es lo contrario a una incompetencia.
- d. Una inmunidad es lo contrario a una sujeción.

Lo importante de esta clasificación para el tema de este artículo, es caer en la cuenta de las diversas situaciones que pueden referirse cuando se dice que alguien tiene un derecho. En efecto, los derechos humanos son derechos subjetivos que, buscando promover la dignidad humana, colocan como obligado –principal, aunque no exclusivamente– al Estado y como titular a la persona gobernada.

CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS HUMANOS

Los Estados modernos suelen clasificarse como Estados constitucionales, debido a que asumen que el texto constitucional es la norma suprema. Las estructuras jurídicas, políticas y administrativas de

1 El abordaje filosófico sobre los derechos humanos suele dividirse en dos grandes temas: el concepto y el fundamento. Analizar estos temas rebasa por mucho el objetivo de este artículo. Sólo se pretende presentar una comprensión básica, que si bien simplificada y ubicada en el ámbito jurídico, nos sirve para presentar una de las conexiones que el derecho tiene con la bioética. Para profundizar estos temas, puede verse: Rosillo Martínez, 2013; Herrera Flores, 2005; Sánchez Rubio, 2018.

2 Un problema importante en la materia de derechos humanos es la eficacia horizontal de ellos. Es decir, cuando el obligado a cumplir un derecho humano, y por lo tanto, quien puede violarlo, no es el Estado sino otro tipo de sujeto, que se llamaría “particular”. No se profundizará al respecto, pero es importante tener en cuenta esta cuestión ya que, en el Bioderecho, muchos obligados a cumplir los derechos humanos de un paciente, por ejemplo, no tienen que ser forzosamente parte del Estado. Al ser la protección de la salud una obligación que corresponde inicialmente al Estado –ya sea proporcionando directamente un servicio o generando una regulación al respecto–, cuando se delega a privados, éstos también son obligados en materia de derechos humanos.



un Estado se encuentran en un texto constitucional. Este texto es producto de un “poder constituyente” que a través de la Constitución crea los “poderes constituidos”. De ahí que estos textos constitucionales tengan una “parte orgánica”, que refiere la organización de las instituciones que conforman el Estado.

Otra sección de los textos constitucionales modernos es donde se reconocen los derechos humanos o derechos fundamentales, que suele llamarse “parte dogmática”. En ella aparece el catálogo, más o menos amplio, de derechos y bienes que prioritariamente deben ser protegidos por el Estado; como se decía líneas arriba, se establecen los fines que justifican la existencia y la acción de las instituciones y poderes estatales.

En junio de 2011, se realizó una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de derechos humanos. Entre otros artículos, modificó el artículo 1° que estableció como normas superiores del ordenamiento jurídico a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia (conocido como el “bloque de constitucionalidad”), en los siguientes términos:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

También establece el principio propersona y la interpretación conforme, en el segundo párrafo:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Por su parte, el artículo 133 de la CPEUM establece el principio de la supremacía constitucional, que no es otra cosa que la norma jurídica que contempla la jerarquía de normas en el sistema mexicano. En una primera lectura, parecería que este artículo establece la superioridad del derecho federal sobre el derecho de los Estados. Sin embargo, esto violentaría el propio sistema federal, ya que cada Estado es libre y soberano en función de las facultades que le otorga la Constitución. Por eso, la interpretación más aceptada versa en que este artículo hace referencia a la supremacía constitucional, es decir, en que ni

las leyes emanadas de la federación ni las leyes emanadas de los estados pueden violentar la norma fundamental, que es la Constitución.

El principio de “supremacía constitucional” significa que la Constitución de un Estado es la norma de mayor jerarquía. En efecto, todas las normas que integran el sistema jurídico deben estar acordes con la norma fundamental, de forma que, si un tratado, una ley, un reglamento o una sentencia fuera contrario a lo establecido en la Constitución, entonces deberá declararse inválida esa norma por ser inconstitucional o, en otras palabras, por ser un elemento que rompe la coherencia del sistema. Pero hay que tomar en cuenta que esta supremacía constitucional se ha complejizado en función de los ya mencionados elementos introducidos en la reforma de 2011: el bloque de constitucionalidad y el principio propersona. Estos son temas amplios y complejos, pero en función del objetivo de este texto se mencionan sus características generales.

El concepto “bloque de constitucionalidad” se refiere a la existencia de un conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico. Es decir, se asume que no todas las normas con carácter constitucional se encuentran en el texto de la Constitución, sino que hay otras que el mismo texto constitucional hace la remisión. En la CPEUM existe una serie de artículos que hacen referencia a los tratados internacionales –en especial aquellos cuya materia es derechos humanos– como parte de las normas constitucionales. Se pueden mencionar los artículos 1°, 15, 103 fracción I, 105 fracción II inciso g), 107 y 133. En efecto, el sistema jurídico mexicano reconoce un bloque de constitucionalidad, como se dijo, compuesto por las normas contenidas en la CPEUM y los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que México forme parte.

Por otra parte, el principio propersona se encuentra en el artículo 1°, segundo párrafo, de la CPEUM. Este principio conlleva diversas posibilidades:

- a) Preferencia interpretativa: Se debe buscar la interpretación de la norma que mejor proteja el derecho humano en cuestión. En efecto, se dan diversas opciones:
 - En caso de protección, se debe optar por la interpretación que más amplíe el goce del derecho.
 - En caso de limitación, se debe optar por la interpretación que restrinja más las limitaciones para el ejercicio del derecho.
- b) Preferencia de normas: En caso de existir dos o más normas que puedan aplicarse, se debe aplicar la norma más favorable a la persona, con



independencia de la jerarquía formal de aquélla. Con lo anterior, puede verse, que la jerarquía de las normas jurídicas sufre una modificación, pues si bien sigue operando la supremacía constitucional, ésta se ve afectada por la existencia de un bloque de constitucionalidad y el principio propersona. En efecto, la mayor jerarquía la tendrían las normas del bloque de constitucionalidad y las normas que respondan a la aplicación del principio propersona. Con esto, se entiende que se está en una conjunción de Constitucionalismo y derechos humanos, al ubicar como las normas superiores de un sistema jurídico a los derechos fundamentales que se encuentran referidos en la Constitución (texto constitucional más tratados internacionales).

DERECHOS FUNDAMENTALES: PRINCIPIOS O REGLAS

La discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional, ha sido bastante difundida: si como reglas o como principios. Entre las diversas problemáticas que esto acarrea, interesan dos: si realmente se puede defender una diferencia entre las normas jurídicas llamadas principios y las llamadas reglas, y cuál debería ser la estructura más adecuada para los derechos fundamentales.

Para las corrientes que se engloban en el neoconstitucionalismo³, en términos generales, los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico y, al estar contenidos en la Constitución, funcionan como límites al legislador. En efecto, la legislación se encuentra sometida tanto formal como materialmente a la Constitución, en especial a su parte dogmática. Esto significaría el tránsito de un Estado legal a un Estado constitucional, donde las normas jurídicas no sólo están sometidas a un juicio de vigencia sino también a uno de validez. Y ésta no es solo una cuestión formal sino sustancial, en cuanto a que valora la coherencia de la ley con las normas constitucionales. Por eso se habla, como se decía líneas arriba, de que se está no solo ante una mera legalidad sino una estricta legalidad.

Uno de los más famosos temas que ha acarreado la importancia de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo es el referente a la relación entre derecho y moral, pues se considera, en términos generales, que la división y separación categóricas ya no es procedente. La defensa del legalismo ético

se considera, en términos de Bobbio (1992), como un positivismo ideológico⁴ que después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial ya no responde a los nuevos estados democráticos y constitucionales. Esto porque la relación entre moral y derecho ya no se responde a través de una separación total, sino de considerar que si bien deben distinguirse no pueden estar incomunicados. Lo que lleva a considerar que los derechos humanos son incorporar al sistema jurídico contenidos morales que son la finalidad del propio Derecho.

En cuanto a la discusión sobre cómo deben estructurarse los derechos fundamentales en la Constitución para su mejor funcionamiento en el sistema jurídico, suelen darse tres modelos: como principios, como reglas, o de forma mixta. Esto tiene que ver, en gran parte, con una teoría de la norma.

Existen tres posiciones básicas respecto a los tipos de normas jurídicas. En primer lugar, la que sostiene que existen dos tipos de normas jurídicas, a saber, los principios y las reglas, y que se pueden establecer criterios claros y definitivos para diferenciarlos (tesis fuerte de la separación). En segundo lugar, la que sostiene que si bien existen los dos tipos de normas, la determinación no puede darse directamente sobre el texto constitucional, sino en función de cómo se construye la norma jurídica por parte del intérprete; es decir, que existe una diferencia entre lo que es el texto normativo y la norma jurídica, pues de aquél pueden generarse diversas normas jurídicas en función del trabajo del intérprete y, por lo tanto, puede generar tanto reglas como principios (tesis débil de la separación). Y, en tercer lugar, la que sostiene que no existe tal distinción y que, además, no es necesaria (tesis de la conformidad).

Las teorías neoconstitucionales son, en general, teorías principialistas al asumir la primera o segunda posición arriba mencionada. Es obvio que negar la distinción entre reglas y principios, afirmando que toda norma jurídica es una regla, imposibilitaría hablar de una teoría principialista y, por lo tanto, no habría discusión sobre si los derechos fundamentales deben construirse como reglas o como principios. Por lo tanto, se asume que, ya sea de manera fuerte o débil –cuestión que no se profundizará– se puede hablar de la existencia de dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

Se han establecido diversos criterios para distinguir

3 El término “neoconstitucionalismo” se refiere a un conjunto de corrientes del pensamiento jurídico que intentan renovar el constitucionalismo clásico nacido de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Entre otros aspectos, destaca la importancia que tiene la efectividad de los derechos humanos en un sistema jurídico constitucional, así como una visión amplia del contenido de estos derechos –liberales, sociales, individuales, colectivos, etc.– (véase Prieto Sanchís, 2003: 101-135).

4 Legalismo ético se refiere a la posición que defiende que el cumplimiento de la ley, por el puro hecho de la ley, es un acto moral. Por lo tanto, el Derecho sólo puede garantizar por sí mismo un valor: la seguridad jurídica. Los demás valores que pueden estar presentes en el contenido de una norma jurídica dependen de las discusiones políticas, de la decisión de las mayorías, pero no tienen que ver con el Derecho en sí mismo.



las reglas y los principios. En este trabajo, se explicarán algunos de ellos, pero se advierte que ninguno es completo ni suficiente para distinguir con claridad las reglas y los principios, pero son importantes pues de ellos dependerá la manera en que el intérprete generará la norma nacida del texto jurídico: si como principio o como regla.

Tres de las diferencias más clásicas para distinguir principios y reglas son “el carácter hipotético-condicional”, el “modo final de aplicación”, y el “modo final de aplicación” (Ávila, 2011, pp. 58-70). Se hará un breve comentario de cada uno.

- El carácter hipotético-condicional: Según este criterio, las reglas están construidas con un carácter de “Si... entonces”, “Si A entonces B”, donde claramente se establecen el supuesto y la consecuencia y, por lo tanto, si se cumple en los hechos el contenido del antecedente se debe cumplir el consecuente. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro (A) comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 5 a 10 años de prisión (B)”. En cambio, los principios no tienen esta estructura y más bien son solo la descripción de una situación ideal; es decir, una estructura de “Debe ser C”. Por ejemplo, “el hombre y la mujer son iguales ante la ley”.
- El criterio de “modo final de aplicación”: Según este criterio, las reglas se aplican a través de un silogismo, de un juicio de subsunción. Es decir, si la estructura de la regla es “Si A entonces B”, se debe comprobar que en los hechos se actualiza la hipótesis A, y por lo tanto debe darse la consecuencia. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 10 años de prisión”. “Juan mató a Pedro”. “Entonces Juan cometió el delito de homicidio y tendrá 10 años de prisión”. En cambio, los principios requieren de un trabajo argumentativo que justifique su aplicación al caso concreto, y que implica un juicio de ponderación.
- El criterio del conflicto normativo: Este es tal vez el más conocido, debido a que ha cobrado gran importancia en la teoría de los derechos fundamentales. El conflicto normativo puede darse en abstracto y en concreto. El primero se refiere a “un conflicto conceptual que se produce cada vez que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y por lo tanto ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos” (Serpe, 2010, p. 48). Es decir, este conflicto no requiere de un hecho concreto que actualice el supuesto normativo, y por lo tanto esas reglas no

pueden “convivir” en el sistema jurídico, ya que se entiende que éste es coherente. Por su parte, el conflicto en concreto aparece en la fase de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, que “en abstracto” no se muestran como contradictorias. Supuesto esto, se afirma que el conflicto normativo de las reglas se da en abstracto y que, por lo tanto, una de las reglas en conflicto debe quedar sin validez o contener una excepción que supere el conflicto, y así salvar la coherencia del sistema jurídico. En cambio, el conflicto normativo de los principios se da en concreto, pues es necesario un caso concreto donde se dé cuenta que dos o más principios, que pueden convivir sin problemas en abstracto en el sistema jurídico, están en conflicto.

Estas tres diferencias entre principios y reglas han sido la base de análisis más profundos al respecto. Se trata de análisis que sostienen las limitaciones de dichos criterios y la necesidad de establecer criterios más sólidos. Se verán unos casos.

Robert Alexy es uno de los exponentes más conocidos de la teoría principialista, a partir de su obra *Theorie der Grundrechte* (“Teoría de los derechos fundamentales”), publicada en 1985. En ella analiza la estructura de las normas consideradas derechos fundamentales, y establece que las normas pueden dividirse en dos clases: principios y reglas (Alexy, 1993). Alexy se inclinaría por la postura que considera la separación de principios y reglas de manera fuerte, pues para él existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios: los principios son mandatos de optimización, y las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no.

Para Alexy, los principios son normas jurídicas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993, p. 86). Entonces, los principios son mandatos de optimización, que pueden cumplirse en diferente grado y que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; en este sentido, las posibilidades jurídicas se determinan por principios y reglas opuestos al principio en cuestión. Por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no; son del todo o nada. Si una regla es válida entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible (Alexy, 1993, pp. 67-68).

Otra diferencia consiste en el carácter *prima facie* que existe entre las reglas y los principios. Los



principios al establecer que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, no es un mandato definitivo sino sólo prima facie (Alexy, 1993, p. 99), es decir, que en un primer momento los principios mandan realizar algo, pero en un segundo momento su grado de cumplimiento será diferente según el caso concreto. En cambio, las reglas, al ser mandatos definitivos, contienen una determinación considerando las posibilidades jurídicas y fácticas, y si cuenta con imposibilidades de este tipo entonces será una regla inválida, de lo contrario contará con validez definitiva. Ahora bien, esta validez puede perderse con cláusulas de excepción.

Un análisis también interesante sobre los criterios diferenciadores es el realizado por Humberto Ávila (2011, p. 64-70). Después de criticar las limitaciones de los criterios tradicionales, propone una diferenciación heurística. De hecho, él se ubica en la tesis débil de la separación, pues su criterio no se basa principalmente en el texto normativo en sí mismo, sino en la manera que el intérprete genera la norma jurídica; por eso se admite la coexistencia de principios y reglas en razón de una misma disposición. Para ello establece tres criterios diferenciadores:

1. Criterio de la naturaleza del comportamiento descrito: Este criterio se basa en el hecho de que tanto los principios como las reglas, describen un comportamiento que se debe de adoptar. En este sentido, las reglas son normas inmediatamente descriptivas, pues establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta a ser adoptada. Por su parte, los principios son normas inmediatamente finalistas, pues establecen un estado de cosas que requiere adoptar ciertos comportamientos para su realización. Al ser normas jurídicas, tanto principios como reglas establecen un deber a cumplir. Pero por la manera de describir el comportamiento, los deberes mediato e inmediato son diferentes en cada tipo de norma. Así, el deber inmediato para los principios es la promoción del estado ideal de las cosas, mientras que para las reglas es la adopción de las conductas descritas. Y el deber mediato para las reglas es adoptar la conducta necesaria para lograr el estado ideal de las cosas, y el de las reglas es mantener la fidelidad a la finalidad subyacente y a los principios superiores que reportan a la regla.
2. Criterio de la naturaleza de la justificación exigida: Este criterio se refiere a las exigencias de argumentación que impone cada tipo de norma. La aplicación de las reglas requiere evaluar la correspondencia

entre la construcción de los hechos y la construcción de la norma y de la finalidad que le da soporte. En cambio, la aplicación de los principios exige evaluar la correlación entre las consecuencias de la conducta considerada necesaria y la realización del estado de cosas puesto como fin.

3. Criterio de la medida de contribución a la decisión: Este criterio se refiere a la pretensión que tiene la norma de aportar a la decisión sobre el caso concreto. Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales, en la medida en que, además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para una toma de decisión, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino de contribuir, junto a otras razones, a la toma de decisión.

Estos criterios de diferenciación conducen a Ávila a establecer las siguientes definiciones de principios y reglas:

Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.

Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción. (Ávila, 2011, p. 70)

Aunque con diferencias, la posición de Alexy y Ávila son cercanas en el sentido de que comprenden los principios como mandatos a construir o realizar un estado deseado. Ya sea por considerarlos como mandatos de optimización o como normas inmediatamente finalistas. Siendo así, finalmente, es necesario un trabajo de interpretación y argumentación que posibilite la aplicación del principio, que sin duda es diferente al de la aplicación de la regla.

En cuanto a la construcción de los derechos fundamentales, Alexy se pregunta cuál es el mejor modelo, y analiza las ventajas y desventajas de construir las normas como principios o como reglas; para él, ésta es una cuestión importantísima, pues sin dicha distinción no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión



y tampoco una teoría completa acerca del papel que tienen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

A partir de ese supuesto, Alexy separa las formas de aplicación de los principios en tres modelos. El primer modelo sería el “puro de principios”, donde las normas iusfundamentales serían principios y las reglas serían el resultado de ponderaciones. Sobre él, Alexy señala que sería “una ‘ilusión’ pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la Ley Fundamental” (Alexy, 1993, p. 96). Al segundo le llama “modelo puro de reglas”, donde las normas de derechos fundamentales deben estar libres de ponderación; en este caso se plantearían los derechos fundamentales en tres tipos: sin reserva alguna, con reserva simple y con reserva cualificada. Sobre este, en general, Alexy considera que puede en unos casos proteger poco y en otro demasiado el contenido de los derechos. El tercer modelo, al que se suscribe Alexy, es el mixto, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas. En este sentido, en la mayoría de las Constituciones de los estados que se adscriben al neoconstitucionalismo se encuentra el modelo mixto; es decir, una construcción de derechos fundamentales tanto como principios como reglas. En general, en la Constitución mexicana, los derechos fundamentales están establecidos como reglas y como principios.

LA INTERACCIÓN ENTRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

En el campo de la bioética no es ajeno hablar de principios. De hecho, ha predominado el pensamiento bioético que se funda en principios, que más o menos suele enunciar cuatro: principio de autonomía, principio de no-maleficencia, principio de beneficencia, y principio de justicia. Por supuesto que estos principios responden a una tradición bioética concreta –vinculada con la cultura occidental–, y que se puede hablar de principios bioéticos diferentes en otras tradiciones (Siurana, 2010). Pero lo que en este momento se destaca es el uso de principios por parte de la bioética que deben aplicarse a cada caso concreto para tomar una decisión.

protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor. En estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del menor. Ello obedece a que los derechos parentales tienen fundamento precisamente en la protección que deben brindar los padres a sus niños. De manera similar, la libertad religiosa y el derecho a la vida privada familiar

no comprenden la imposición de prácticas religiosas que comprometan la salud y vida de los niños. En otras palabras: la libertad religiosa no confiere a los padres la autoridad para decidir sobre la vida o la muerte de sus hijos menores de edad; así, los derechos de los padres encuentran su límite ahí donde se pone en riesgo la vida de sus hijos. (Registro: 2019242).

Como se observa, para establecer este criterio, la Primera Sala desarrolló el contenido de por lo menos cuatro principios: derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la privacidad familiar y derecho a la libertad religiosa. Estableció un conflicto de principios entre los derechos del menor –vida y salud– y los derechos de los padres –privacidad y libertad–, para determinar que en caso de estar en riesgo la vida y la salud del menor, el Estado puede restringir justificadamente la privacidad familiar y la libertad religiosa.

En el siguiente criterio, también la Primera Sala de la SCJN determinó que el consentimiento informado del paciente es una conducta que cumple con los derechos a la vida, a la integridad física y a libertad de conciencia:

El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de éste el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados. (Registro: 2001271).

con el derecho al concretizar la conducta que adecuadamente cumple con la finalidad enunciada en las normas de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

Una de las relaciones que tiene la bioética con el derecho es el desarrollo del contenido de los derechos humanos. Como se ha explicado, al estar los derechos humanos plasmados como principios, su aplicación requiere de un trabajo argumentativo que posibilite determinar cuál es la conducta que optimiza el logro del fin señalado en la norma. Cuando se trata de una situación que implica a la bioética, el operador del derecho requiere forzosamente un diálogo con ella



para poder determinar, desde los principios que establecen los derechos humanos, la conducta que optimice su cumplimiento.

En este sentido, no sólo la aplicación del derecho a la salud tiene que ver con la bioética, pues otros derechos humanos también pueden estar implicados en este ámbito. Así, por ejemplo, pueden implicar un contenido bioético los siguientes derechos: al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de tránsito, a la libertad religiosa, a la educación, a la libertad reproductiva, de las personas con discapacidad, de la infancia, de las personas adultas mayores, a la igualdad y no-discriminación, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ávila, Humberto (2011). Teoría de los principios, Madrid: Marcial Pons.

Bobbio, Norberto, El problema del positivismo jurídico, Fontamara, México, 1992.

Ferrajoli, Luigi (2009). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid: Trotta.

Herrera Flores, Joaquín (2005). Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto, Madrid: Catarata.

Hohfeld, Wensley Newcomb (1991). Conceptos jurídicos fundamentales, México: Fontamara.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1999). Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Prieto Sanchís, Luis (2003). Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid: Trotta.

Ramírez García, Hugo Saúl et al. (2014). Derechos humanos, México: Oxford University Press.

Rosillo Martínez, Alejandro (2013). La fundamentación de derechos humanos desde América Latina, México: Ítaca.

Sánchez Rubio, David (2018). Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación, Madrid: Akal.

Serpe, Alessandro (2010). “Argumentando a partir

de los derechos humanos. La ponderación en serio”: Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social, Universidad del Zulia, Año 15, no. 51.

Siurana Aparisi, Juan Carlos (2010). “Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural” en Veritas, N° 22, marzo, pp. 121-157.

Época: Décima Época. Registro: 2000341. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XLIV/2012 (10a.). Página: 274.

JURISPRUDENCIA

Poder Judicial de la Federación. Registro: 2019242.

Época: Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 63, febrero de 2019, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. IX/2019 (10a.). Página: 720.

Poder Judicial de la Federación. Registro: 2001271.

Época: Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XLIII/2012 (10a.). Página: 478

Poder Judicial de la Federación. Registro: 2000341.

Época: Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XLIV/2012 (10a.). Página: 274

Poder Judicial de la Federación. Registro: 165826.

Época: Novena Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXVIII/2009. Página: 6



ESCLAVITUD CONTEMPORÁNEA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y LA FILOSOFÍA DE BYUNG-CHUL HAN

CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY FROM THE PERSPECTIVE OF INTERAMERICAN JURISPRUDENCE AND THE PHILOSOPHY OF BYUNG-CHUL HAN



Rafael Andree Salgado Mejía
Maestro en Derechos Humanos por la
Universidad Iberoamericana, Ciudad de México
rsalgado@unimetro.edu.hn
Honduras

INTRODUCCIÓN

El artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) se refiere a la prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. En ese artículo, aunque en el título solamente se refiere a la esclavitud y servidumbre, hace referencia a otras formas de explotación de personas, lo que generaba cierta dificultad para distinguirlas, hasta que en el 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en la sentencia del caso Hacienda Brasil Verde Vs Brasil, conceptualiza cada una de las mismas, entre ellas, la esclavitud contemporánea. En ese mismo contexto, el filósofo coreano Byung-Chul Han, uno de los filósofos más importantes e influyentes en la actualidad, ha desarrollado la idea de que hoy en día la esclavitud no se trata de un amo y un esclavo, es decir, de dos sujetos, como lo desarrolla el órgano supranacional, sino que se trata de un solo individuo que se auto explota bajo la lógica neoliberal.

El propósito de este ensayo es analizar las interpretaciones de esclavitud contemporánea realizadas por la Corte IDH -en la sentencia del caso Hacienda Brasil Verde Vs Brasil- y Byung-Chul Han -en sus diversas obras, como ser, psicopolítica; la sociedad del cansancio y la agonía del Eros- y luego, se realizará un comparativo entre ambas interpretaciones.

Previo analizar la esclavitud desde las nociones de la Corte IDH y Byung-Chul Han, se partirá definiendo la esclavitud desde la semántica. La esclavitud es definida como el “estado de esclavo” (Real Academia Española [RAE], s.f.a). En este orden, esclavo es definido en dos sentidos: en primer lugar, dicho de una persona, como “aquel que carece de libertad por estar bajo el dominio de otra” (RAE, s.f.b) en otras palabras, existe el dominio de una persona sobre otra.

En un segundo sentido se refiere a un individuo que se encuentra “sometido rigurosa o fuertemente a un deber, pasión, afecto, vicio, etc., que priva de libertad” (RAE,s.f.b) es decir, se refiere a que la privación de la libertad deriva de una obligación, sentimiento u otra fuerza que va más allá de otro individuo, se podría hablar de una fuerza interior.

Precisamente, desde estos sentidos es vista la esclavitud por la Corte IDH y el filósofo coreano. La Corte IDH lo hace sobre la existencia del dominio de un individuo sobre otro. Por otro extremo, Byung-Chul Han se refiere a la coacción que deriva el verbo modal poder.

NOCIÓN DE ESCLAVITUD CONTEMPORÁNEA SEGÚN LA CORTE IDH

Las primeras iniciativas internacionales para prohibir la esclavitud como también para prohibir la trata de esclavos y de mujeres se registraron desde el siglo XIX (Steiner y Uribe, 2014). La CADH en su artículo 6 establece la prohibición de la esclavitud y servidumbre¹.

De la simple lectura del supra artículo se identifica

¹ Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar



que hace referencia de la esclavitud, trata de mujeres, trata de esclavos, servidumbre y los trabajos forzados, como bien apunta Federico Andreu, “en una doble dimensión: por un lado, como un derecho a no ser sometido a ellos y, por otro, como una prohibición de cometer tales conductas” (Steiner y Uribe, 2014, p. 163).

La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en la actualidad también se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales entre alguno de ellos: en el articulado de la Convención sobre la Esclavitud (1926); artículos 1 y 2 del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930); el artículo 16 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1947); el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); el artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1987); el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); el artículo 11 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); el artículo 3 del Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de la OIT (1999); los artículos 1 y 2 del 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 pornografía (2000); artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000); el artículo 27 numeral 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007), entre otros. Diversos autores se han referido a la dificultad de diferenciar entre la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados, verbigracia, Daniel O’Donnell (como se citó en Steiner y Uribe, 2014, p. 165) señala

que, “Las fronteras entre las diferentes formas de explotación de la persona no están muy delimitadas.” “...Si bien la esclavitud no se confunde con el trabajo forzoso, hay una zona gris entre esclavitud y servidumbre, y otra entre servidumbre y trabajo forzoso”.

La distinción entre la esclavitud, servidumbre y los trabajos forzados, fue aclarada por la propia Corte IDH en la sentencia del 20 de octubre de 2016 con respecto al caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, resolución que es considerada histórica porque es la primera vez que la prohibición de la esclavitud es aplicada en un caso concreto en el continente americano.

En esa sentencia, la Corte IDH reconoció que en Brasil –como ocurre en otros países del continente americano– la violación al derecho de no ser sometido a la esclavitud se produjo en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica. Describe que el Estado brasileño no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente la forma contemporánea de esclavitud constatada en ese caso y que no actuó de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo de violación (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] 2016).

De igual manera, en la sentencia queda explícita la obligación de los Estados “de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes y terceros particulares atenten contra él” (Corte IDH, 2016). Concomitantemente a la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso las definió e incluso, se refirió sobre la prohibición de la trata de esclavos y de mujeres que se refiere el artículo 6 numeral 1 de la CADH de la siguiente manera:

Elementos del concepto de esclavitud

Con respeto al concepto de esclavitud, la Corte IDH (2016) señala que esta, hoy en día, no se limita a la

un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.



propiedad sobre una persona, “considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y, ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima” (párr. 269).

La Corte IDH (2016) explica que el “primer elemento (estado o condición) se refiere tanto a la situación de jure² como de facto, es decir que no es esencial la existencia de un documento formal o una norma legal para la caracterización de ese fenómeno, como en el caso de la esclavitud chattel³ o tradicional” (párr. 270).

Respecto al ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, la Corte IDH se refiere a que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima a través de los llamados “atributos del derecho de propiedad.” Esto lo explica así:

Respecto del elemento de “propiedad”, este debe ser comprendido en el fenómeno de esclavitud como “posesión”, es decir la demostración de control de una persona sobre otra. Por lo tanto, “a la hora de determinar el nivel de control requerido para considerar un acto como esclavitud, [...] se podría equiparar a la pérdida de la propia voluntad o a una disminución considerable de la autonomía personal”. En ese sentido, el llamado “ejercicio de atributos de la propiedad” debe ser entendido en los días actuales como el control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona. Por lo general, este ejercicio se apoyará y se obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción (Corte IDH, 2016, párr. 271).

Para determinar una situación como esclavitud contemporánea, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos o manifestaciones de los llamados “atributos del derecho de propiedad.” La Corte IDH (2016) señaló que basta con que se

cumpla con alguno de los siguientes elementos:

- restricción o control de la autonomía individual;
- pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona;
- la obtención de un provecho por parte del perpetrador;
- la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas;
- el uso de violencia física o psicológica;
- la posición de vulnerabilidad de la víctima;
- la detención o cautiverio,
- la explotación. (párr. 272)

De igual forma, la Corte IDH (2016) menciona que la esclavitud es una conducta pluriofensiva ya que “podría representar, además, violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso” (párr. 273).

Prohibición y definición de la trata de esclavos y la trata de mujeres

En relación a la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la CADH, la Corte manifestó que debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona (Corte IDH, 2016).

En consecuencia de lo anterior, la Corte IDH interpretó que la prohibición de “la trata de esclavos y la trata de mujeres” contenida en el artículo 6.1 de la Convención Americana se refiere a:

- i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas;
- ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la

² Respecto a la situación de jure de manera ilustrativa, hago mención de la crítica que hace Jean Jaques Rousseau en su obra “El Contrato Social” al enunciado realizado por Grotio: “si un individuo –dice Grotio-

³ La esclavitud llamada “chattel” corresponde a lo que se comprendía como “esclavitud del bien mueble”, para hacer referencia a la esclavitud clásica o esclavitud de derecho, en la cual, una persona pertenecía legalmente a otra. Ver Peritaje escrito de Jean Allain (expediente de prueba, folios 14915 y 14920). Véase la cita 407 de la Sentencia del Caso Hacienda Brasil Verde Vs Brasil, párr. 268.



fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata;

iii) con cualquier fin de explotación (Corte IDH, 2016, párr. 290).

Trabajo forzoso u obligatorio

La Corte IDH en la sentencia del Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia ya se había pronunciado sobre el contenido y alcance del artículo 6.2 de la CADH. En ese caso la Corte IDH (2006), aceptó la definición de trabajo forzoso contenida en el artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT el cual dispone que: “la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (Convenio No. 29, 28 de junio, 1930).

En vista de lo anterior, la Corte IDH observa que la definición de trabajo forzoso u obligatorio, conforme al Convenio No.29, consta de dos elementos básicos:

1. El trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena” que esta puede consistir:

[E]n la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares (Corte IDH, 2006, párr. 161).

2. El trabajo o el servicio se lleva a cabo de forma involuntaria. Esto significa:

[L]a ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica (Corte IDH, 2006, párr. 164).

También, agrega que para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, “es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos” (Corte IDH, 2006, párr.160).

NOCIÓN DE ESCLAVITUD CONTEMPORÁNEA SEGÚN BYUNG-CHUL HAN

Hoy en día el neoliberalismo ha auspiciado una nueva forma de esclavitud, que va más allá del concepto elaborado por los Jueces del referido órgano supranacional. El profesor de filosofía y estudios culturales en la Universidad de las Artes de Berlín y de origen coreano, Byung-Chul Han, hace una crítica con respecto al cambio de una sociedad del deber o sociedad de la disciplina de Foucault, misma que formula prohibiciones por la sociedad del poder o del rendimiento que permite el aumento de la producción, “La sociedad del siglo XXI ya no es disciplinaria, sino una sociedad de rendimiento.

Tampoco sus habitantes se llaman ya «sujetos de obediencia», sino «sujetos de rendimiento». Estos sujetos son emprendedores de sí mismos” (Han, Byung-Chul, 2012, p. 25). Byung-Chul Han (2016) explica que,

El sujeto del rendimiento, como empresario de sí mismo, sin duda es libre en cuanto que no está sometido a ningún otro que le mande y lo explote; pero no es realmente libre, pues se explota a sí mismo, por más que lo haga con entera libertad. El explotador es el explotado.

Uno es actor y víctima a la vez. (p. 19)

Precisamente con esas líneas tomadas del texto original: “*Der Ausbeutende ist der Ausgebeutete. Man ist Täter und Opfer zugleich*” (El explotador es el explotado. Uno es actor y víctima a la vez) Byung-Chul Han se refiere a que esa coacción de uno mismo a sí mismo es más fatal que la coacción ajena porque es imposible resistirse contra sí mismo el sujeto del rendimiento en su falso pensar de vivir en libertad, bajo el verbo modal “können”, es decir, “poder”; se auto explota bajo la acción afirmativa del “du kannst”, “tú puedes” (Han, Byung-Chul, 2015, p. 29).

“Du Kannst übt sogar mehr Zwang aus als Du sollst” (el tú puedes, ejerce mayor coacción que el tú debes) (Han, Byung-Chul, 2015, p. 31). El “tú debes” pasa a un segundo plano frente al “tú puedes”. Sostiene que el deber tiene un límite en cambio el poder hacer, en oposición a aquel, no lo tiene (Han, Byung-Chul, 2014, p. 12) lo que tiene como consecuencia es la depresión y el síndrome del agotamiento, lo que representa un fracaso insalvable en el poder (Han,



Byung-Chul, 2016, p. 22).

También, Byung-Chul Han, partiendo de la dialéctica del amo y el esclavo de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, expone sobre la imposibilidad de liberarse de la esclavitud contemporánea.

En principio Hegel (2017) identifica dos tipos de conciencias, la del amo que es ser para sí y la del esclavo que es ser para otro y para que el esclavo alcance la liberación, de acuerdo a Hegel (Como se citó en Feinmann, 2011), deben ocurrir tres fases o momentos previos: afirmación, negación y negación de la negación.

En el primer momento se enfrentan dos conciencias, uno desea que el otro se le someta y lo reconozca como amo, y el otro desea lo mismo con respecto al otro. El segundo momento se da cuando una conciencia niega a la otra y la otra se somete, allí resulta un amo y un esclavo, uno se reconoce como amo, y el otro, por temor a la muerte se somete y lo reconoce como amo. El ganador será el que tenga un deseo más fuerte de ser reconocido, un deseo superior a la mera vida, y el sometido será quien tenga mayor miedo a morir, es decir el miedo a la muerte lo hará esclavo. Finalmente, el tercer momento, se da cuando el esclavo niega al amo, es decir, la conciencia negada niega a la negadora, pues el esclavo a través de su trabajo transforma la materia y crea cultura y esto lo que lo hace más humano y superior al amo, pues el amo, al no trabajar cae en el ocio y al mero goce del producto del trabajo del esclavo, en ese sentido, el amo se transforma en un ser ocioso y se vuelve una cosa, una materialidad. En consecuencia, el trabajo termina liberando al esclavo.

Empero, hoy en día la propia libertad hace que las personas sean “esclavos absolutos”, Byung-Chul lo explica así:

El sujeto del rendimiento, que se pretende libre, es en realidad un esclavo. Es un esclavo absoluto, en la medida en que sin amo alguno se explota a sí mismo de forma voluntaria. No tiene frente a sí un amo que lo obligue a trabajar. El sujeto del rendimiento absolutiza la mera vida y trabaja. La mera vida y el trabajo son las caras de la misma moneda. La salud representa el ideal de la mera vida. Al esclavo neoliberal le es extraña la soberanía, incluso la libertad del amo que, según la dialéctica del amo y el esclavo de Hegel, no trabaja y únicamente goza. Esta soberanía del amo consiste en que se eleva sobre la propia vida e incluso acepta la muerte.

Este exceso, esta forma de vida y de goce, le es extraño al esclavo trabajador preocupado por la mera vida. Frente a la presunción de Hegel, el trabajo no lo hace libre. Sigue siendo un esclavo. El esclavo de Hegel obliga también al amo a trabajar. La dialéctica del amo y el esclavo conduce a la totalización del trabajo (Han, Byung-Chul, 2014, pp. 12-13).

Bajo esta nueva forma de esclavitud explicada por Byung-Chul Han, el sujeto de rendimiento si bien no se siente sometido sino como el desarrollo de un proyecto, se encuentra atrapado ante una nueva dialéctica del amo y esclavo de Hegel. Sin embargo, en un contexto contemporáneo, transmutando las conciencias que lo conforman en una sola (la del amo que es ser para sí y la del esclavo que es ser para otro), en ese sentido, el trabajo nunca lo liberará de su condición de esclavo. La libertad del sujeto del rendimiento en palabras de Byung-Chul Han (2016) “se muestra como condena a tener que explotarse eternamente a sí mismo. La producción capitalista también carece de fin” (p. 44).

COMPARATIVO Y CONCLUSIONES

Haciendo un comparativo entre el concepto de esclavitud contemporánea de la Corte IDH y la de Byung-Chul Han, se observa que la Corte en primera instancia se refiere al estado o condición de un individuo, que puede ser de jure o de facto. En cambio, para Byung Chul Han no se pueda hablar propiamente de una condición de esclavo ya que este es libre y se siente como el desarrollo de un proyecto, lo explica diciendo que, “el régimen neoliberal esconde su estructura coactiva tras la aparente libertad del individuo, que ya no se entiende como sujeto sometido, sino como desarrollo de un proyecto” (Han, Byung-Chul, 2016, p. 21).

También, la Corte IDH indicó que se debe dar el ejercicio de alguno de los “atributos del derecho de propiedad”. En relación a este elemento, se mencionó que se entiende como: “el control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual” (Corte IDH, 2016, párr. 271) es decir, existe un control de parte de un individuo hacia otro el cual limita o despoja de su libertad. Empero, para Byung-Chul Han ese control viene ejercido de sí para sí, bajo el verbo modal können lo que conlleva a que su libertad es la que lo lleve a coacciones.



Asimismo, la Corte IDH indica que se refiere “a la pérdida de la propia voluntad o a una disminución considerable de la autonomía personal” pero bajo la tesitura de Byung-Chul Han, no existe tal pérdida, pues es voluntario y sin coacción externa, el sujeto cree que no se encuentra sometido, empero, él como proyecto, “cree haberse liberado las coacciones externas y las coerciones ajenas, se somete a coacciones internas y coerciones propias en formas de una coacción al rendimiento y la optimización” (Han, Byung-Chul, 2014, pp. 11-12). La sociedad de rendimiento genera hombres depresivos. “El hombre depresivo es aquel animal laborans que se explota a sí mismo, a saber: voluntariamente, sin coacción externa. Él es, al mismo tiempo, verdugo y víctima” (Han, Byung-Chul, 2012, p.30).

Desde estas perspectivas, se dejan las siguientes interrogantes a la reflexión ¿Qué responsabilidad tienen los Estados en implementar políticas neoliberales que auspician la auto explotación del individuo? Como también preguntarnos, si el régimen neoliberal de la auto explotación hace que se dirija la agresión hacia sí mismo, convirtiendo al explotado en depresivo. ¿Cómo podrá romper o bien revolucionar este contra sí mismo ante esa atadura de la auto explotación dentro de un sistema que lo convierte en amo y esclavo?

Si bien, en la misma sentencia se establece que la prohibición de la esclavitud y sus formas análogas constituyen un delito de derecho internacional, cuya prohibición por el derecho internacional es una norma de jus cogens y en consecuencia es imprescriptible (Corte IDH, 2016, 20 de octubre) y aunado a lo anterior, en la misma se afirma la obligación de los Estados de garantizar el establecimiento de todas las condiciones necesarias para que no se susciten violaciones a ese derecho. También es importante considerar la crítica que hace Byung-Chul Han, en una sociedad de la positividad, del infierno de lo igual, en el que el ser humano se proyecta a sí mismo desde una posición narcisista que elimina al otro y se concentra en su obsesión del rendimiento, se es necesario replantear y revalorizar lo que implica la libertad e igualdad para alcanzar una existencia y esfuerzo humano digno, como también replantear las actuales políticas neoliberales para mitigar sus consecuencias, mismas que hacen del individuo un sujeto del rendimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2016, 20 de octubre). Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH].
- Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia (Sentencia). (2006, 1 de Julio). Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH].
- Feinmann, J.P. (2011, 18 de septiembre). *Hegel, dialéctica del amo y el esclavo*. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=R197Rr2zppE>
- Han, Byung-Chul. (2014). *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. (Bergés, A. Trad.) Herder.
- Han, Byung-Chul. (2012). *La Sociedad del Cansancio*. (Saratxaga Arregi, A. Trad.) Herder.
- Han, Byung-Chul. (2015). *Agonie Des Eros*. [La Agonía del Eros]. Matthes-Seitz Berlin.
- Han, Byung-Chul. (2016). *La agonía del Eros*. (Gabás, R. Trad.) Herder.
- Convenio No. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]., 28 de junio, 1930.
- Hegel, G. F. (2017). *Fenomenología del Espíritu*. (Roces, W y Guerra, R. Trad.) Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española [RAE]. (s.f.a). *Esclavitud*. <https://dle.rae.es/esclavitud?m=form>
- Real Academia Española [RAE]. (s.f.b). *Esclavo*, va. <https://dle.rae.es/esclavo>
- Rousseau, J. J. (2016). *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Porrúa.
- Steiner, C., y Uribe, P. (Ed.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: comentada. Fundación Konrad Adenauer.



INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTITUCIÓN HONDUREÑA DE 1982

INFLUENCE OF THE 1978 SPANISH CONSTITUTION ON THE 1982 HONDURAN CONSTITUTION



Jorge Alberto Taylor Santos

Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia

jorge.taylor@umh.edu.hn

Honduras

INTRODUCCIÓN

Después de la segunda post guerra, y los cambios que supuso tanto para el derecho internacional y constitucional, los países europeos comienzan a incorporar en sus textos constitucionales, conceptos económicos propios del sistema keynesiano, como respuesta a las circunstancias de ese entonces.

Esto dio como resultado el desarrollo del Estado Social de Derecho, como respuesta a la propuesta socialista soviética. Sin embargo, en ese momento histórico, en América Latina se estaban generando cambios de dictaduras militares a gobiernos democráticos, mismos que adoptaron muchas ideas del Estado Social para sus constituciones.

El presente trabajo tiene como finalidad, realizar un análisis contrastando los textos constitucionales de España y Honduras, de 1978 y 1982 respectivamente, a fin de identificar cual fue la influencia que pudo ejercer la Constitución española, en el texto constitucional hondureño, y de esta forma determinar que instituciones o cláusulas, son una incorporación de las mismas en el ámbito nacional hondureño.

LACRISIS DEL ESTADO SOCIAL EN EUROPA Y SU IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

El concepto del Estado social fue introducido por

el economista, sociólogo y analista político alemán Lorenz von Stein como una manera de evitar la revolución (García-Pelayo, 1949), la idea consiste o tiene su origen en un pacto entre capital y trabajo, lo que se empieza a producir en Europa a partir de la segunda post guerra. En el caso latinoamericano el mismo jamás se dio propiamente, comenzando porque la mayoría de las economías latinoamericanas, se sustentaban bajo un modelo agrario, muy distinto al sistema capitalista para el cual fue considerado este concepto, lo que dio como resultado el surgimiento de constituciones de carácter nominal, ya que el crecimiento económico de América Latina en ese momento, era bastante diferente al europeo. No obstante, en algunos países latinoamericanos si se llevó a cabo este pacto entre capital y trabajo, como por ejemplo Chile, Uruguay, Venezuela, Guatemala e incluso Argentina, Brasil, que en determinado tiempo introdujeron garantías sociales (Martínez Dalmau, V. P., Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina, 2017).

La introducción de este concepto, significó un cambio de las realidades latinoamericanas, ya que el mismo no resultaba del todo viable, generando un cambio en América Latina a partir de la década de los cincuentas, cuando se empieza a producir de forma progresiva, una acumulación de fuerza del campesinado y factor trabajo que intentan impulsar gobiernos progresistas, sumado a una serie de golpes de estado en la región, que vienen a generar una salida de los regímenes dictatoriales, misma que fue apoyada por los partidos socialistas y demócratas cristianos de Europa (Carvajal Martínez, 1949).

Estos partidos políticos, al momento de asesorar a los gobiernos de transición latinoamericanos, recomendaron la adopción de cláusulas constitucionales de corte social, a fin de evitar una ruptura revolucionaria en América Latina (Cardoso, 1983). Por lo que se procedió a la adopción de constituciones sociales en América Latina, sin observar la realidad histórica y social de la región, como si ocurrió en Europa, en ese sentido, estas nuevas constituciones resultaron bastante similares a las del Estado Social Europeo, con la diferencia que, en el caso latinoamericano, los grupos de poder o oligarquías no inician un proceso de diálogo con el factor trabajo, adquiriendo las constituciones



adoptadas un carácter nominal y no normativo.

Las consecuencias de estos procesos no se hacen esperar, y ya para la década de los años ochenta y noventa, el crecimiento de la desigualdad resultaba evidente, en parte por la adopción de políticas económicas de carácter neoliberal, lo cual limitaba el esquema de funcionamiento planteado por el Estado Social. Dichas políticas económicas, basadas en el conceso de Washington y contrarias a las propuestas por Keynes y el welfare state, vienen a tratar aspectos referentes a la privatización de empresas públicas, liberalización de precios, reducción de presupuesto de Estado, autorización de inversiones extranjeras, privatización de los sistemas de salud y de pensiones, generando un aumento en la desigualdad social ya existente, y el empeoramiento de las condiciones de vida, dejando en evidencia la ineficacia del modelo constitucional importado de Europa, y la necesidad de un nuevo modelo constitucional (Martínez Dalmau, V. P., Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina, 2017). Es así que países como Colombia en el año de 1991, inician procesos constitucionales que dan como resultado la introducción de nuevos elementos y conceptos constitucionales dentro de los cuales se encuentran conceptos muy propios de la realidades latinoamericanas como ser el pluriculturalismo (Sánchez Botero, 2009); sin embargo, no se produce de nuevo un pacto entre capital y trabajo, similares ejemplos se da con posterioridad, como el de Ecuador en el año de 1998, 1999 en Venezuela, Bolivia en el año 2006 y 2009.

Sin embargo, esta crisis del constitucionalismo social, no viene a producir modificaciones profundas en las constituciones latinoamericanas, lo que supone en primera instancia un problema, ya que cláusulas constitucionales de contenido social dependen del crecimiento económico de forma sostenida, con políticas económicas de carácter keynesiano, sin embargo, lo que se empieza a dar es un cambio en la política económica hacia una neo liberal, por lo que los Estados se vuelven incapaces de cumplir con los contenidos de sus constituciones, en parte, por la falta de mecanismos de garantía de derechos sociales (Bastidas Mora, 2009).

Esta crisis del Estado Social en Europa y la inexistencia del mismo en América Latina, da como resultado dos tendencias opuestas, y paralelas a la de estas nuevas constituciones económicas, en primer lugar el nuevo constitucionalismo Neo Liberal, encaminado a adecuar la constitución a las nuevas tendencias económicas, al lograr el establecimiento de las políticas económicas de carácter neo liberal en el contenido de las constituciones; y

proporcionalmente inversa, la corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano, cuya idea principal es usar las mismas constituciones para transformar la realidad al adecuar la economía a lo establecido por las constituciones.

El constitucionalismo neoliberal como el nuevo constitucionalismo latinoamericano desarrollan dos partes del constitucionalismo social europeo o del constitucionalismo social de la segunda posguerra mundial. El constitucionalismo social europeo al depender de un Pacto entre capital y trabajo incluye factores que favorecen al capital y factores que favorecen al trabajo, de esta forma el nuevo constitucionalismo neoliberal da prioridad a los factores que favorecen al capital.

ALTERNATIVAS A LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

Como pudimos observar anteriormente, la introducción de nuevos conceptos e ideologías en el ámbito latinoamericano evidencia la inadecuación de los principios del Estado Social de Derecho, por lo que, ante esta crisis, tanto en Europa como América Latina, se da comienzo a procesos constitucionales para dotar de constituciones más adecuadas a las necesidades de los países. En el caso latinoamericano, se concibe la corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el cual es considerado hasta cierto punto experimental, por cuanto esté a diferencia del constitucionalismo decimonónico, que se basaba en modelos importados tanto de Europa como de los Estados Unidos, el nuevo constitucionalismo aporta funciones para cada uno de los diferentes pueblos, funciones concretas para cada uno de los diferentes países donde se ha aplicado, como fue el caso de la Constitución de Colombia 1991, mediante la cual se introduce el referéndum revocatorio de mandato; asimismo, la introducción de el concepto de plurinacionalidad en la Constitución Boliviana y Constitución de Ecuador.

Otras respuestas a esta crisis del Estado Social, fue la corriente del neoconstitucionalismo, mismo que viene a introducir altos niveles de normas materiales o sustantivas que vienen a condicionar la actuación estatal por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, fundamentándose en el análisis de la dimensión positiva de la Constitución. Una característica muy particular de este nuevo modelo es que no observa el aspecto democrático de la constitución y mucho menos como el constituyente se traslada a la voluntad constituida (Martínez Dalmau, V. P., 2011).

Este nuevo modelo viene a caracterizarse por una Constitución invasora, una positivización de un catálogo de derecho y una omnipresencia de principio y reglas, así como por particularidades



en cuanto a su interpretación y aplicación de las normas contenidas en el Texto Constitucional, respecto a la interpretación y aplicación de la Ley, algunas constituciones emblemáticas de este nuevo modelo son la Constitución Española de 1978 y la Constitución Brasileña de 1989.

Al igual que el modelo neo constitucionalista, el nuevo constitucionalismo latinoamericano toma muy en consideración los contenidos sustantivos que debe contener el texto constitucional, no obstante, también toma en consideración el elemento democrático en el otorgamiento del texto constitucional. Esto se debe quizá a que el nuevo constitucionalismo latinoamericano surge como un fenómeno empírico, producto de las reivindicaciones populares y los movimientos sociales careciendo, en ese sentido, de cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional.

Dentro de sus características encontramos que se centra no solo en la dimensión jurídica de la constitución, sino que en la legitimidad democrática de la constitución como instrumento al servicio de la traslación fiel de la voluntad del constituyente, del pueblo, y establecer los mecanismo de relación entre soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución como la fuente del poder constituido y por lo tanto limitado por el mismo texto constitucional, por lo tanto, se concibe al texto constitucional como mandato directo del poder constituyente y en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido.

En dicha línea podemos acotar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano busca analizar en un primer momento la exterioridad de la constitución a través de su legitimidad de naturaleza y posteriormente su interioridad respecto a su normatividad, al respecto observamos el caso colombiano, donde conceptos jurídicos indeterminados son edificados como Derechos Fundamentales, los que vienen a constituir el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho (Flórez Muñoz, 2010).

INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTITUCIÓN HONDUREÑA DE 1982

La Constitución de España del año 1978, fue aprobada en fecha 31 de octubre del año 1978, sometida a referéndum en fecha 6 de diciembre, sancionada y promulgada en fecha 27 de diciembre y publicada en fecha 29 de octubre del mismo año, tiene como características principales: la misma es escrita y codificada; de contenido extenso, dado que para reformar la misma se prevén dos procesos, uno ordinario y otro agravado, ambos con un nivel de complejidad importante; consensuada entre los diferentes actores políticos de la época; adaptable a

los cambios de época, lo que queda evidenciado en el poco número de reformas que ha sufrido, en primer lugar en el año de 1992 con la reforma de su artículo 13, y en el año 2011 cuando se modifica el artículo 35 de la misma.

Otro aspecto muy particular, es que la misma se considera abierta e inacabada, por cuanto remite a un desarrollo posterior del contenido constitucional, a través de leyes orgánicas como, por ejemplo, el desarrollo de los principios establecidos en la misma, remitiendo su desarrollo a través de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, quizá la característica de mayor importancia para el presente estudio, es la influencia que esta recibió de otras constituciones europeas del periodo posterior a la segunda guerra mundial, a manera de ejemplo indicamos lo preceptuado en el artículo 1) de la Constitución española de 1978, mismo que establece: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” (Constitución Española, 1978), dicha disposición también fue desarrollada por otras constituciones anteriores a la constitución española, como ser la Constitución de Italia de 1947, la Constitución de Francia de 1958, la Constitución de Portugal de 1976 y muy especialmente la Ley Fundamental de Bonn, respecto al desarrollo del Estado social y democrático.

Dentro de los principios desarrollados en la misma, se encuentra la concepción del Estado como social y de derecho, el desarrollo de un sistema monárquico parlamentario, la unidad de la nación española, sustentada bajo los principios de libertad, justicia, pluralismo político e igualdad.

La Constitución hondureña de 1982, en diciembre del año 1979, el Tribunal Nacional de Elecciones, con fundamento en el artículo 227 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, emitida durante el gobierno del General Melgar Castro, convoca al pueblo hondureño para el tercer domingo del mes de abril de 1980, a efectos de elegir los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, llevadas a cabo en fecha 20 de mayo de 1980, procediendo a la elección de la misma, cuya finalidad consistía en redactar una nueva Constitución para Honduras, aprobada mediante Decreto No. 131 de fecha 11 de enero de 1982 y publicado en fecha 20 de enero de 1982 en el Diario Oficial La Gaceta en el ejemplar No. 23,612 (Constitución de la Republica de Honduras, 1982). Conforme al texto constitucional de 1982, la forma de gobierno de Honduras, es republicana, concibiéndolo como un Estado de Derecho, introduciendo algunos cambios en cuanto a la anterior constitución de 1965, específicamente en cuanto a la redefinición funcional



del Tribunal Supremo Electoral de Honduras, antes Tribunal Nacional de Elecciones; asimismo, respecto a las declaraciones, derechos y garantías a fin de proteger la persona humana por medio del respeto de los derechos humanos, división y redefinición entre la competencia militar y civil, seguridad ciudadana y la necesidad de tratamiento de reclusión menores de edad, el papel y unificación de criterios en la educación superior, desarrollo de las competencias y limitaciones de los miembros de los poderes del Estado, El nuevo rol del Registro Nacional de las Personas, la Ley sobre Justicia Constitucional que establece la competencia de las Instituciones por medio de la Corte Suprema de Justicia y la reforma y ratificación del artículo 5 sobre la figura del referéndum y plebiscito, entre otros (Constitución de la Republica de Honduras, 1982).

Analizando el texto constitucional hondureño, observamos que el artículo 344 hace referencia a la Reforma Agraria, lo que es un elemento típico de las Constituciones del Estado Social, sobre todo en aquellos países con una carga agrícola muy importante, no obstante, en el caso español a pesar de que la misma siempre fue una demanda por parte del sector obrero, la constitución no reconoce la misma y deja al legislador ordinario la posibilidad de llevar a cabo la reforma agraria de España (Constitución Española, 1978)¹.

Volviendo al caso hondureño, el texto constitucional establece que: “La reforma agraria es un proceso integral y un instrumento de transformación de la estructura agraria del país, destinado a sustituir el latifundio y el minifundio por un sistema de propiedad, tenencia y explotación de la tierra que garantice la justicia social en el campo y aumente la producción y la productividad del sector agropecuario.

Declárese de necesidad y utilidad pública la ejecución de la reforma agraria.” En virtud de lo cual, podemos señalar que la constitución hondureña declara la necesidad pública, respecto a la ejecución de la reforma agraria, por lo que la misma se vuelve en este sentido abierta y pluralista, por cuanto se habla de la apertura propia del Estado Económico del Estado Social (Constitución Española, 1978)².

Por lo tanto, en este primero punto, si bien la influencia no resulta directa por parte de la Constitución española de 1978, esta cláusula constitucional tiene características propias del Estado Social europeo.

Continuando con nuestro análisis, podemos observar que la constitución hondureña de 1982, reconoce todos los principios característicos del Estado Social, mismos que se fraguan a raíz del pacto entre capital

trabajo, y las ideologías introducidas en el sistema político europeo, a través de los partidos políticos y sociedad en general, quienes pese a rechazar la idea del socialismo soviético o eurocomunismo de Berlinguer, si consideran como necesario avanzar en la democratización de la economía y justicia social, hacia una economía de mercado en Europa donde el Estado Social se vendrá a desarrollar aún más.

Dichas ideologías fueron representadas por la Democracia Cristiana a través del Partido Demócrata Cristiano de Alemania (CDU), el Partido Democracia Cristiana en Italia, en Francia los Bonnistas de Bonn, en Inglaterra el Partido Social Demócrata y los Conservadores por la derecha.

Respecto a los mecanismos de intervención del Estado en la economía, la Constitución Española de 1978 en su artículo 33 reconoce los derechos de la propiedad privada y a la no injerencia por parte del Estado, no obstante, esta también indica que la función social de estos derechos delimitara su contenido de acuerdo con las leyes.

En ese sentido, la propiedad privada se encuentra delimitada por la función social de acuerdo con las leyes y el interés público subyacerá en la función social de la propiedad, lo que se garantiza en la medida en que los representantes del interés público actúan y participan en la modulación de la propiedad, es un círculo cerrado en función social de la propiedad por el interés público.

En virtud de lo anterior, la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber público al derecho subjetivo privado, deber cuyo ejercicio se organiza y se evoca a la búsqueda de un modelo social que al mismo tiempo reserva el ámbito del poder del titular de la propiedad, dado que es una de las características de la propiedad, pero si viene a regularla o en su caso a anularla a través de la figura de la expropiación forzosa, como mecanismo constitucional de intervención del estado en la economía consistente en la privación de un bien o derecho por causa de una utilidad pública o interés social.

Otro elemento a considerar, es la reserva de un sector de la economía convirtiéndolo en titularidad pública, impide al sector privado entrar ahí, creando una esfera de expulsión del sector privado de esa esfera, algunos ejemplos de esto es la minería en España, misma que le compete al Estado, asimismo las industrias básicas, los servicios públicos como el transporte, recursos naturales, petróleo, correspondiendo al Estado, la explotación y aprovechamiento de los mismos, pudiendo este concesionar los mismos. En el caso de la Constitución hondureña de 1982,

¹ Artículos 130 numeral 1) y 148 numeral 7) de la Constitución de España de 1978

² Artículos 245 numeral 32), 344-350 de la Constitución de Honduras de 1982



el artículo 340 establece: “Se declara de utilidad y necesidad pública, la explotación técnica y racional de los recursos naturales de la nación. El Estado reglamentará su aprovechamiento, de acuerdo con el interés social y fijará las condiciones de su otorgamiento a los particulares. La reforestación del país y la conservación de bosques se declararán de conveniencia nacional y de interés colectivo.” (Constitución de la República de Honduras, 1982), es así como esto permitió la emisión de la Ley de Minería, la cual declara de utilidad pública un sector de la economía y se excluye a la iniciativa privada de ese sector.

El artículo 128 de la Constitución de España desarrolla la intervención de empresas, desarrollando además la figura de la privatización y la planificación pública de la económica, en cuanto a la reordenación, coordinación y racionalización del proceso económico en general, estableciendo el Estado los objetivos y medios para alcanzarlos (Constitución Española, 1978).

Si bien, el esquema de planificación es propio del modelo Socialista, es de señalar que la característica de este es que suele ser centralizada, concentrada y monopolizada por el Ejecutivo dentro del Estado y no por el legislativo, lo que da como resultado una dirección de todo el sector de la economía, es decir, una planificación de corte fuerte, sin embargo, la planificación en el Estado Social, como en el ejemplo español y hondureño, es de carácter indicativo, misma que consiste en la orientación de la economía con participación de la empresa privada y de los sectores sociales. En ese sentido, la Constitución hondureña en su artículo 329 desarrolla una planificación de carácter indicativo o concentrada, en el sentido que esta no influye en la actividad económica, sino que la orienta, sin perjuicio que esta pueda conllevar medidas coercitivas, sobre todo en sectores estratégicos, de igual forma en este tipo de planificación se permite la participación los gobiernos locales, municipalidades, los sindicatos, organizaciones profesionales, las asociaciones patronales.

A pesar de que la transición hacia un esquema neoliberal a partir de la década de los setenta viene a volver inviable la planificación indicativa, esta aún se encuentra presente en diversos sectores, como ser la banca, petróleo e hidrocarburos y sus derivados, estabilización de los precios en la canasta básica como lo es en el caso hondureño.

Respecto a la iniciativa económica pública, el art. 332 de la Constitución de la República de Honduras de 1982, posibilita el desempeño de funciones de gestión directa en la economía, al lado de la iniciativa privada, es decir, que el Estado venga a desempeñar directamente funciones económicas como sinónimo

de empresa pública, algunos ejemplos de este tipo de acciones se ven concretizados en las empresas públicas Hondutel, Empresa Nacional de Energía Eléctrica y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, entre otras.

Al respecto es de destacar el hecho de existen dos formas de iniciativas, por una lado en base al principio de concurrencia, propio del modelo del Estado Social, donde se reconoce la iniciativa económica pública o del Estado, para competir en régimen de igualdad con las empresas privadas, y bajo el principio de Subsidiariedad, mismo que desarrolla el artículo 332 de la Constitución hondureña de 1982, propio del liberalismo y de la economía social de mercado, según el cual el Estado solo interviene en aquellos sectores donde la empresa privada no sea eficiente o no tenga alcance, en el caso español, dicho principio se encuentra reconocido por el artículo 128 de la Constitución (Constitución Española, 1978).

Otra área donde se observa una influencia de la Constitución española de 1978 en la Constitución de Honduras de 1982, es en cuanto al desarrollo local, en ese sentido partimos del hecho que existen cuatro grandes modelos de ciencia política referente a los gobiernos locales: Modelo Napoleónico (francés); Modelo Federal Germánico (norte de Europa); Modelo Federal estadounidense; Modelo Anglosajón (Reino Unido). En el caso hondureño este recibió su influencia del modelo francés, bajo el esquema de Estado Unitario de un modelo atendido a la Constitución de 1971 (Baena del Alcázar, 1983). Si bien, en la década de los ochenta en Francia se empieza a cambiar de modelo, entrando a un sistema cuasi federal (Baena del Alcázar, 1983), empezando a llevar a cabo un proceso de descentralización, dando como resultado la aprobación de leyes en 1972, 1973 y 1992 orientadas a la descentralización, sumada las normas emitidas en el 2003 influencia del sistema español, permiten que se produzca la descentralización y se establezcan fórmulas de participación ciudadana y el establecimiento de pautas para desarrollar la participación intermunicipal (Estudio comparado del proceso de descentralización en España, 2020), lo que en Honduras se conoce como Mancomunidades (Ley de Municipalidades, 1990).

No obstante, una de las diferencias más marcadas entre ambas constituciones, es que, a diferencia de la Constitución española de 1978, la Constitución hondureña de 1982, no tiene unos principios constitucionales explícitos en materia de derecho humanos, de igual forma, pese a que, si establece cierta dimensión axiológica, esta resulta escasa al no establecer principios del ordenamiento jurídico ni valores que condicionen el ordenamiento jurídico. Esto queda demostrado por la falta de claridad respecto



de algunos artículos constitucionales, mismos que citamos a continuación: “Artículo. - “El gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la conciliación nacional.” (Constitución de la Republica de Honduras, 1982), dicho artículo habla del principio “democracia participativa” sin desarrollar su contenido. De igual forma, el artículo 329 constitucional establece en su último párrafo: “Los Tribunales de las zonas sujetas a un régimen jurídico especial podrán adoptar sistemas o tradiciones jurídicas de otras partes del mundo siempre que garanticen igual o mejor los principios constitucionales de protección a los Derechos Humanos previa aprobación del Consejo Nacional.”, analizando dicho artículo encontramos, que hace referencia a “principios constitucionales”, mismos que no se encuentran desarrollados, y por consiguiente son inexistentes en el texto constitucional, esto demuestra la falta de adaptabilidad de la Constitución de Honduras de 1982, a los cambios de época, característica muy propia de la Constitución de España de 1978, por lo cual, la constitución hondureña ha sufrido múltiples reformas constitucionales, a fin de lograr esta adaptación.

CONCLUSIONES

1.- Después de la segunda post guerra mundial, la difícil realidad europea, misma que suponía un conflicto entre ideologías, genero un ambiente propicio para el desarrollo de esquemas económicos y sociopolíticos, que suponían una mutación del capitalismo puro, esto como una respuesta a las exigencias de partidos políticos que se veían fortalecidos por el temor de las estructuras de poder de la época, ante el riesgo de la adopción de esquemas de corte socialista. Este ayuda a que surja y se vea fortalecido el Estado Social, como respuesta a la revolución y a el socialismo soviético, influenciando a la mayoría de las constituciones europeas, al adoptar clausulas constitucionales cuya base fue un verdadero pacto entre capital y trabajo.

2.- En el caso latinoamericano, nos encontramos ante realidades que distaban mucho de lo acontecido en el ámbito europeo, comenzando por qué no existió en si un verdadero proceso de pacto entre capital y trabajo, no obstante, esto no limito a los países latinoamericanos, la adopción de constituciones con características propias del Estado Social, como en el caso hondureño con su constitución de 1982, la cual reúne diversas características y principios del Estado Social, al igual que la Constitución española de 1978, que si bien los contenidos de la constitución

hondureña al igual que muchas constituciones latinoamericanas, estaban desprovistas de contenido por cuanto estas adquirieron un carácter más nominal que normativo, son adoptados por la mayoría de países en dicha época, por influencia y como respuesta a la lucha ideológica de los dos grandes bloques socio políticos de la época.

3.- En virtud de todo lo antes expuesto, es importante aclarar como primer punto que tanto la Constitución de España de 1978 y la Constitución de Honduras de 1982, comparten muchas clausulas constitucionales de contenido similar, debemos tener presente que la Constitución Española de 1978 también se vio influenciada por la realidad histórica y política del periodo posterior a la segunda post guerra, por lo que hablar de una influencia directa no resultaría viable, sino más bien, de una respuesta geopolítica de los países Europeos en atención a sus intereses, y la transferencia de dichos conocimientos a la realidad latinoamericana, la cual, como pudimos observar anteriormente, descubrió que los mismos no eran del todo aplicable, especialmente por el surgimiento del neoliberalismo, lo que dio como resultado un conflicto entre los contenidos de las constituciones y la realidad latinoamericana, razón por la cual se inician nuevos procesos de reforma constitucional, en muchos países de la región, en atención a las realidades propias latinoamericanas y la política económica exterior impulsada por el consenso de Washington.



BIBLIOGRAFÍA

- García-Pelayo, M. A. (1949). La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein. *Revista de estudios políticos No 47*.
- Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (2017). Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina . *Revista general de derecho público comparado No. 22*.
- Carvajal Martínez, J. (1949). Derecho y cambio político en América Latina 1960-1980. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, N.º. 32, 259-272*.
- Cardoso, F. H. (1983). América Latina y la influencia de los modelos políticos europeos en los años 80. *Estudios Internacionales año 16, No. 61, 31-46*.
- Sánchez Botero, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia, Nueva Antropología. *Revista de Ciencias Sociales, 31-49*.
- Bastidas Mora, P. (2009). El modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *Via Iuris, No. 9*.



3

ARTÍCULOS DE OPINIÓN



EL FIDEICOMISO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, CONCEPTO Y SU REGULACIÓN EN HONDURAS

THE TRUST: HISTORICAL BACKGROUND, CONCEPT AND ITS REGULATION IN HONDURAS



Igor Alduvin Ruiz López

Máster en Administración de Empresas por la
Universidad Tecnológica Centroamericana
igor.ruiz@unimetro.edu.hn
Honduras

El objetivo de este artículo es realizar un análisis sobre los antecedentes históricos del Fideicomiso; sobre las nociones generales de ese instituto, y; su regulación en el ordenamiento jurídico hondureño, todo lo anterior, con el propósito de facilitar una guía orientadora para profundizar sobre este tema, dado que en Honduras se carece de textos o libros que ayuden a ahondar sobre el mismo, a pesar de que el Fideicomiso en Honduras fue introducido en nuestra legislación comercial en el año 1950 y está regulado en el Código de Comercio entre los artículos 1033 a 1062 -teniendo como fuente del derecho el Proyecto Alfaro de 1923- y que desde su incorporación en el Código de Comercio se ha venido haciendo un uso cada vez mayor de la figura y hoy en día representa uno de los instrumentos financieros de gran uso por parte de los bancos como administradores fiduciarios y de distintas personas naturales o jurídicas que han encontrado en ella una herramienta muy efectiva para el cumplimiento de los fines más variados.

Respecto a los Antecedentes históricos del fideicomiso, hay que partir de la idea que, de acuerdo con los historiadores, las primeras nociones de lo que hoy se conoce como fideicomiso surgen en Roma, particularmente con la promulgación de la Ley Poetilia Papiria en el año 230 antes de

Cristo en la que es posible encontrar un elemento que será de gran relevancia para la conformación de esta figura, y es justamente que la Ley Poetilia Papiria viene a romper con el principio vigente hasta ese momento por el cual las relaciones entre deudores y acreedores se garantizaban con la vida del deudor, con lo cual un acreedor podía obligar a su deudor incumpliente a saldar la deuda con su trabajo personal. Al promulgarse esta ley surge el principio de responsabilidad patrimonial mediante el cual ya no será la persona con su trabajo la que deba responder por el incumplimiento, sino que lo será su patrimonio. Se encuentra aquí entonces que es el patrimonio de las personas el que tendrá relevancia en adelante en las transacciones comerciales entre deudores y acreedores.

A partir de este momento, se puede apreciar que en el comercio surgen una serie de acuerdos que se denominarán “contratos” de distinta naturaleza para regular dichas relaciones. Uno de los contratos fue el llamado “Pacto de Fiducia” o Pactum Fiduciae, por medio del cual el deudor de una obligación entregaba bienes de su propiedad a su acreedor, quien los mantenía en su posesión por todo el plazo de la obligación y una vez satisfecha la misma por parte del deudor, el acreedor de éste devolvía a éste los bienes relacionados. El Pacto de Fiducia en principio resolvió el problema jurídico presentado a los acreedores, no así a los deudores, quienes experimentaron abusos por parte de los primeros.

Contemporáneamente al Pacto de Fiducia, el derecho Pretoriano a fin de obviar los problemas que originaba el Derecho Sucesorio, para el caso de las mujeres y los menores, crea el FIDEICOMMISUM. El FIDEICOMMISUM consistía en un acuerdo en el que una persona que por alguna razón debía ausentarse, ya sea porque debía acudir a la guerra o emprender una expedición comercial, considerando la posibilidad de su no retorno y con el objeto de proteger la manutención de su prole entregaba bienes de su propiedad a una persona que fuera de su total confianza para que los administrara durante el período de su ausencia y eventualmente, si moría, los administrara en beneficio de sus hijos y conyugue. Igualmente, la literatura nos hace referencia a distintos abusos cometidos por este mecanismo de administración.

Durante la edad media se puede encontrar que bajo

el Imperio Romano se va a dar la fusión del Pacto de Fiducia y el FIDEICOMMISUM dando surgimiento a lo que podríamos se podría llamar el Fideicomiso Romano. Este contrato surge entonces como un acto de confianza entre las personas para proteger bienes y lograr propósitos muy variados, es así como se identifica un desarrollo muy importante durante la edad media especialmente en Europa, comunidades como las órdenes religiosas (Cofradías, Abadías, Monasterios) que no eran considerados personas jurídicas, ni contaban con capacidad legal para actuar y ser propietarias, acudieron al fideicomiso romano para que todo lo que obtenían producto de donaciones o adquisiciones fueran a ser administrados por medio del fideicomiso permitiéndoles obtener el usufructo de estos bienes.

Por otra parte, la Monarquía Francesa encontró en el fideicomiso romano la forma de proteger los bienes de la corona y hacer que dichos bienes pudiesen mantenerse protegidos de eventuales incautaciones y pudieran ser utilizados por los descendientes de la nobleza.

Sin duda alguna con el fideicomiso romano se cometieron muchos abusos y se obtuvieron muchos privilegios odiosos lo cual produjo que al sobrevenir la Revolución Francesa en 1789 los revolucionarios eliminaran del derecho francés todas aquellas instituciones que eran consideradas odiosas o abusivas a la ley y siendo que el fideicomiso encajaba con esta particularidad fue eliminada de golpe del derecho francés. Se preguntará el lector ¿qué relación tiene esta descripción de hechos en el surgimiento del fideicomiso latinoamericano? definitivamente constituye un tema de relevancia porque siendo el andamiaje jurídico latinoamericano de origen romano-germánico, ocurre que el fideicomiso latinoamericano toma su concepción no del fideicomiso romano sino del trust anglosajón y esto es así porque al desaparecer el fideicomiso del derecho romano será entonces el derecho anglosajón quien desarrollará la figura del Trust el cual alcanzará su desarrollo durante la edad media en la mancomunidad británica expandiéndose por los países de habla inglesa, incluido los Estados Unidos de América surgido de los “uses” o usos y costumbres sajonas.

Naturalmente, que el derecho anglosajón muy distinto del derecho romano, creará una figura que se asemeja a lo que hoy en día existe en Latinoamérica bajo el concepto de fideicomiso, pero que contiene diferencias notables que el lector no deberá dejar pasar para no confundir una con otra.

Será en los años veinte cuando una misión del gobierno norteamericano denominada la Misión Kemmerer, presidida con el financista Otto

Kemmerer, quien después de hacer un análisis de los sistemas financieros latinoamericanos propusiera la incorporación de la figura del trust a las legislaciones latinoamericanas. Por supuesto que el señor Kemmerer, quien no contaba con el fundamento legal, al proponer la incorporación de un instrumento que no se ajustaba a la legislación de los países de la región encontrará una natural resistencia por parte del legislador en su intento de incorporar dicho instrumento. Es entonces el jurista panameño Ricardo J. Alfaro quien presentará en 1923 el primer proyecto de ley de incorporación de una figura similar al trust anglosajón a las legislaciones latinoamericanas.

El Proyecto Alfaro tuvo gran eco entre los legisladores de su país quienes adoptaron la propuesta y luego México la incorporó a su derecho comercial bancario y de ahí en adelante lo harán el resto de los países de la región sin ser Honduras la excepción al incorporar la figura en el Código de Comercio promulgado en 1950.

Desde entonces en Honduras se ha venido utilizando este instrumento cada vez con mayor frecuencia e intensidad por lo que vale la ocasión para tratar el tema.

¿Qué entender por fideicomiso? Como punto de partida, se comenzará con la definición latinoamericana la cual lo define como:

Un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada Fideicomitente, transfiere uno o más bienes o derechos de su propiedad a otra persona, llamada Fiduciario, con el encargo de que los administre o enajene y que con el producto de su administración cumpla una finalidad establecida en el acto constitutivo a favor de una tercera persona llamada Beneficiario. (Porras, J. 1998, p. 17).

El artículo 1033 del Código de Comercio (1950) define el fideicomiso como:

Un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al Banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinan.

Conviene detenerse en varios aspectos que señala este artículo y que constituyen fundamento para su comprensión correcta. Primero señala que el fideicomiso como negocio jurídico se formaliza mediante un contrato en el cual se identifican tres sujetos actuantes: El Fideicomitente, constituyente del fideicomiso que aporta los bienes al mismo, el Fiduciario, que en el caso particular de Honduras lo podrán ser solo los establecimientos bancarios autorizados por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros para operar como fiduciario y el Beneficiario

del fideicomiso. En segundo lugar, indica que el fiduciario deberá recibir la titularidad dominical de los bienes que conforman el fideicomiso por parte del fideicomitente. En tercer lugar, que el fiduciario adquiere una obligación de cumplir con los actos que sean necesarios y que se le han establecido por parte del fideicomitente en el contrato para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Adicionalmente, a esa definición hay que agregar dos elementos adicionales que son fundamentales para el desarrollo del instituto, ellos son: el concepto de patrimonio autónomo y el concepto de la propiedad fiduciaria.

Los bienes que son aportados al fideicomiso por parte del fideicomitente salen de este último y pasan a constituir un patrimonio independiente o autónomo, tanto del fideicomitente como del fiduciario, quien será su administrador. Este concepto fundamental del fideicomiso como patrimonio autónomo, independiente o separado, es un concepto particular de la figura que viene a romper con el principio civilista de un patrimonio una persona y cada persona tiene un patrimonio ya que el fideicomiso como patrimonio autónomo no adquiere el carácter de persona desde el punto de vista jurídico, aún y cuando desde el punto de vista económico es un ente de carácter comercial que actúa como si se tratase de una persona jurídica de derecho comercial. Esto es que por medio de un fideicomiso es posible ejercer actos de comercio de la más variada amplitud, más aún desde el punto de vista tributario como ente comercial perfectamente se constituye en un ente generador de obligaciones fiscales y para fiscales y por tanto en un contribuyente tributario.

Por otra parte, al darse y perfeccionarse la transferencia del dominio de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, este último se constituye en propietario, pero de una forma limitada ya que solamente estará el fiduciario autorizado para utilizar los bienes del fideicomiso, de manera obligatoria, en el cumplimiento de los actos del fideicomiso para el propósito establecido por el fideicomitente y en función del cumplimiento de los fines del mismo, por tanto, se dirá que el fiduciario como propietario está limitado y por tanto se convertirá en un propietario imperfecto o condicionado.

¿Cómo está regulado el fideicomiso en Honduras? Como se ha mencionado en párrafos anteriores el fideicomiso en Honduras está regulado por medio del Código de Comercio, siendo que Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) emitió en febrero de 2017 las Normas para la Constitución, Administración y Supervisión de Fideicomisos por medio de la cual se regulan una serie de aspectos relativos a esta figura que complementan lo

establecido en los artículos 1033 a 1066 del Código de Comercio.

Dos elementos importantes a destacar que señala la legislación hondureña en torno al instituto: En Honduras solo los bancos autorizados por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) son los únicos que están facultados para actuar como administradores fiduciarios, actividad que deben ejercer por medio de los llamados “Delegados Fiduciarios”. Estos funcionarios que son nombrados por la Junta Directiva del Banco deben ser ratificados en su puesto por la CNBS a inicio de cada año y son ellos quienes ejercen los actos y representación del Banco en su condición de fiduciario.

Vale señalar que en legislación hondureña en materia de fideicomisos es muy similar a la del resto de los países de Latinoamérica, claro está que existen algunas pequeñas particularidades pero que no desvirtúan el concepto fundamental del instituto, algunos de los cuáles ya he señalado en párrafos anteriores.

En materia fiscal conviene indicar que la legislación tributaria hondureña establece que el fideicomiso como patrimonio autónomo aun careciendo de personalidad jurídica, pero siendo un patrimonio con capacidad para ejercer actos de comercio es un contribuyente tributario, por tanto, en esta materia actúa como cualquier otro contribuyente debiendo cumplir con todos los deberes formales y materiales que le corresponden, debiendo hacerlo a través del fiduciario como su representante judicial.

En atención a lo antes desarrollado, se concluye que sin duda el fideicomiso es un instrumento financiero que ha tenido un gran desarrollo en Honduras permitiendo con su uso solventar una serie de actividades y necesidades de las personas, las empresas y hoy en día al propio Estado. Los primeros han hecho un uso muy interesante en la solución de situaciones tales como la administración patrimonial y sucesoral, los segundos en temas como las garantías bancarias, el desarrollo inmobiliario y la inversión, y el Estado quien en los últimos diez años ha encontrado en este instrumento el mecanismo idóneo para el desarrollo de obra pública, bien sea por medio de las llamadas Alianzas Público-Privadas como directamente a través de sendos fideicomisos individuales. Queda seguir con este instrumento y lograr aprovecharlo de la mejor manera, ello será posible si se logra tener un conocimiento pleno de sus bondades, posibilidades, pero también de sus limitaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Código de Comercio (1950, 17 de febrero). Congreso de la República de Honduras.

Porras, J. (1988). *El Fideicomiso en Costa Rica: Nociones y Productos Básicos*.

4

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS



NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS REVISTA UMH SAPIENTIAE

I. Consideraciones a tomar en cuenta para las publicaciones

1. El contenido del escrito debe respetar el principio de originalidad, los escritos para publicaciones deben ser enviados exclusivamente a la revista UMH Sapientiae. Cabe destacar que la revista tendrá una aperiodicidad anual y publicará aquellos artículos o ensayos que se sometan al proceso de arbitraje y sean aprobados.

2. La revista aceptará para su publicación artículos científicos, ensayos académicos artículos de opinión y desde una perspectiva académica y sobre temáticas afines con la oferta académica de la UMH.

II. Estructura de las publicaciones de artículos científicos

Título del Artículo

El título del artículo debe presentarse en versión español e inglés (elaborado a partir de la tesis, pero no necesariamente debe coincidir con el título de la misma). Es importante considerar que el título debe ser corto, pertinente y atractivo. No se recomiendan títulos de más de 10 a 15 palabras.

De los Autores

- Nombre completo del autor o autores
- Grado académico más alto y la institución donde lo obtuvo
- Correo electrónico
- País de origen

Resumen

El resumen y abstract (versión en español e inglés) es una de las partes más leídas, usualmente es una manera breve de saber cómo se realizó la investigación. La extensión manejable es de 150 a 250 palabras.

Palabras Clave

Versión en español e inglés: se deben colocar de 3 a 5 palabras clave relacionadas con la temática del artículo.

Introducción

En la introducción (máximo una página) debe escribirse sobre la importancia del tema del artículo. Es decir, se sitúa el problema en un contexto adecuado y se justifica la razón de ser del artículo, y determinar cuáles son los antecedentes del mismo, si existen o no trabajos anteriores acerca de este tema, responde a las siguientes interrogantes: ¿Qué problema estudiamos? ¿Cómo lo estudiamos? ¿Cuáles fueron los hallazgos? ¿Qué significan los resultados?

Metodología utilizada

Este apartado permite dar a conocer el enfoque, aspectos relacionados con el diseño, postura epistemológica, población y el entorno que fue tomado en cuenta para tal propósito. En resumen, debe contener todos los detalles de cómo se realizó la investigación o el trabajo, lo más específico posible.

Por lo general, se suele realizar una descripción detallada del método y técnica utilizada para llevar a cabo el proceso investigativo, así como los instrumentos que fueron seleccionados para el levantamiento de los datos.

Análisis de los resultados

La información obtenida durante el proceso de levantamiento de datos, se presentará a través de gráficos o tablas que generen información clara y detallada, esencialmente es lo que se espera en este apartado.

Discusión

Se deben resaltar aspectos de suma relevancia, evitando la repetición de ideas planteadas en los capítulos anteriores, se recomienda establecer una comparación entre lo que se esperaba obtener en el estudio, versus lo que se obtuvo. Otro aspecto que es válido incluir son las limitaciones que se presentaron para el desarrollo del estudio.



Conclusiones

Para asegurar que las conclusiones cumplan un papel fundamental, se deben concatenar con lo planteado en los objetivos del estudio, ya que esto permitirá que sus afirmaciones estén debidamente avaladas.

Bibliografía

Este apartado debe evidenciar las fuentes consultadas y citadas para la elaboración del artículo, asimismo deben de ir referenciadas de acuerdo a la normativa APA 7ma. edición.

III. Estructura de la publicación de ensayos académicos

Título del ensayo académico

Es importante considerar que el título debe ser corto, pertinente y atractivo. No se recomiendan títulos de más de 10 a 15 palabras.

De los Autores

- Nombre completo del autor o autores
- Grado académico más alto y la institución donde lo obtuvo
- Correo electrónico
- País de origen

Introducción

En este apartado se pretende dar a conocer la idea central de la temática a abordar, de manera general se presenta el panorama completo, incorporando el cuestionamiento al que se le pretende dar respuesta.

Desarrollo argumentativo / expositivo

Consiste en el desarrollo de las ideas planteadas al principio del escrito. Iniciando con aspectos generales para aterrizar a lo específico. Asimismo, el estilo es argumentativo y expositivo, puesto que se pretende evidenciar una postura clara por parte del autor.

Conclusiones

Se exponen las ideas planteadas con anterioridad, resumiendo y recapitulando aspectos importantes a destacar, con el propósito de elaborar un cierre que sustente lo expuesto.

Bibliografía

Este apartado debe evidenciar las fuentes consultadas y citadas para la elaboración del artículo, asimismo deben de ir referenciadas de acuerdo a la normativa APA 7ma. edición.

IV. Estructura de artículos de opinión personal

Título del Artículo

Es importante considerar que el título debe ser corto, pertinente y atractivo. No se recomiendan títulos de más de 10 a 15 palabras.

De los Autores

- Nombre completo del autor o autores
- Grado académico más alto y la institución donde lo obtuvo
- Correo electrónico
- País de origen

Párrafo introductorio

Donde el autor manifiesta la problemática real de una determinada situación. Es el apartado cuya función primordial es la de captar la atención del lector.

Exposición de la tesis

Es decir, exposición de ideas con tinte argumentativo y tratando de defender su postura valiéndose de teorías abordadas.

Presentación de argumentos (a favor o en contra)

En este apartado el autor trata de exponer los puntos favorables sobre la temática. Asimismo, de existir puntos desfavorables también es de suma importancia plantearlo.

Párrafo de conclusión

Donde el autor retoma su postura retomando sus ideas iniciales, o de alguna manera sintetiza su opinión, motivando.

Bibliografía

Este apartado debe evidenciar las fuentes consultadas y citadas para la elaboración del artículo, asimismo deben de ir referenciadas de acuerdo a la normativa APA 7ma. edición.

V. Aspectos de estilo para elaboración de artículo o ensayo

- El escrito debe elaborarse bajo el formato Word y en doble columna
- En los apartados que deban ir en idioma inglés, no se recomienda utilizar el traductor de google u otro, lo ideal es que lo revise una persona que domine el idioma inglés.



- Formato del papel: tamaño carta
- Tipo de letra Times New Roman
- Times New Roman 14 para títulos en mayúscula y en negrita
Times New Roman 14 para subtítulos letra inicial mayúscula y en negrita
Times New Roman 12 para texto
- Interlineado 1.5
- No enumerar los títulos
- El escrito debe estar redactado en tercera persona o preferiblemente en infinitivo.
- La numeración del artículo debe de ir acorde a la normativa APA 7ma edición.
- En caso de colocar gráficas o tablas deben de titularse y numerarse según lo establecido por la normativa APA 7ma. edición.
- La extensión de los escritos no debe exceder de las 20 páginas.

VI. Aspectos de arbitraje de artículos y ensayos

- La recepción de los escritos será a través del siguiente correo electrónico revistasapientiae@umh.edu.hn, posteriormente será evaluado por el consejo científico de la revista y de esta manera asegurar el cumplimiento de los lineamientos establecidos.
- La revisión detallada de los artículos lo realizarán profesionales especialistas en la materia (según el tema abordado). El proceso de evaluación y revisión estará regido bajo el mecanismo de “**doblo ciego**”, con el propósito de asegurar la transparencia y objetividad, se resguardará la identidad de los autores y revisores.
- El artículo o ensayo puede aceptarse bajo tres condiciones: aceptado sin modificaciones, aceptado con modificaciones y rechazado. En caso de que un artículo no cumpla con los requisitos no serán tomados en cuenta para ser publicados, notificándole al autor.
- En caso de existir controversia entre el revisor y el autor con motivo del dictamen del primero, el escrito será enviado a un tercer par evaluador quien enviará su dictamen al consejo editorial y científico en donde se

tomará la decisión final de aceptar o rechazar el mismo.

- A parte del envío del artículo, también se debe enviar la hoja de vida actualizada, versión resumida, no más de 5 páginas.

VII. De los derechos de autor

- El artículo o ensayo presentado debe ser una obra totalmente original, sin haber incurrido en violación de derechos de terceros, de lo contrario el autor deberá asumir toda la responsabilidad sobre los derechos cedidos.
- En caso de ser Aceptado el Artículo / Ensayo de Investigación para su publicación cede de forma gratuita a la Universidad Metropolitana de Honduras los siguientes derechos patrimoniales:
 - a. Reproducir el Artículo /Ensayo de Investigación total o parcialmente y comunicar el Artículo /Ensayo de Investigación al público por medio de la Revista de Investigación de la Universidad Metropolitana de Honduras en formato impreso o electrónico, de igual manera de publicarlo a través de Internet por medio de unas plataformas académicas electrónicas en la web;
 - b. Traducir el Artículo /Ensayo de Investigación a otros idiomas y difundir al público la traducción;
 - c. Crear resúmenes o extractos del Artículo / Ensayo de Investigación para la promoción y presentación de la Revista de Investigación de la Universidad Metropolitana de Honduras;
 - d. Incluir el Artículo /Ensayo de Investigación, ya sea en su versión traducida, adaptada o resumida, total o parcialmente, en recopilaciones posteriores o ediciones de la Revista de Investigación de la Universidad Metropolitana de Honduras.

.....

Universidad Metropolitana de Honduras
Edificio A, 4to. Piso
Teléfono: 2280-1111
Tegucigalpa, Honduras



SAPIENTIAE

LA REVISTA CIENTÍFICA DE LA UMH



HONDURAS, C.A 2020

