

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

<http://djhr.revistas.deusto.es/>
DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

ISSN 2530-4275
ISSN-e 2603-6002

No. 13 Year / Año 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr132024>

Contents / Índice:

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

La representación desproporcionada de una población "minoritaria" en la "educación especial" en la escuela: el caso de España

F. Javier García Castaño, Marta Zornoza Madrid y Raquel Martínez Chicón

La migración en tránsito y los límites del derecho a la salud: el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Alejandro Andino

El tratamiento del extranjero migrante (*gēr*) en los códigos legales de la Torá. ¿Lecciones para hoy?

Juan Luis de León Azcárate y Luzio Uriarte González

A propósito de los derechos humanos de las mujeres en Argentina. Propuestas normativas que generan retrocesos

Marina Ditieri

Unveiling the right to self-transformation and self-enhancement: exploring Transhumanism and its impact on human rights and the future of humanity

Lisang Nyathi

Vitoria's cosmopolitan potential realized: Human nature and human rights via social construction, not natural law

Benjamin Gregg

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

Deusto Journal of Human Rights is included in:
La Revista *Deusto de Derechos Humanos* está incluida en:



FECYT-592/2023
Fecha de certificación: 28 de julio de 2023 (1ª convocatoria)
Válido hasta: 28 de julio de 2024



Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 13

2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr132024>

Editorial Office / Oficina Editorial

Trinidad L. Vicente (Editor), Deusto Journal of Human Rights
University of Deusto
Pedro Arrupe Human Rights Institute
Apartado 1
48080 Bilbao, SPAIN
E-mail: revista.derechos.humanos@deusto.es
URL: <http://djhr.revistas.deusto.es/>

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao, ESPAÑA
e-mail: publicaciones@deusto.es
Web: <http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 2530-4275

ISSN-e: 2603-6002

Depósito legal: BI - 1.859-2016

Printed in Spain/Impreso en España

Editor / Directora

Trinidad L. Vicente Torrado (Universidad de Deusto, España)

Editorial Assistant / Asistente editorial

Gustavo de la Orden Bosch (Universidad de Deusto, Bilbao)

Editorial Board / Consejo de redacción

Elaine Acosta (Florida International University, EE.UU.)

Cristina de la Cruz (Universidad de Deusto, España)

Francisco Javier García Castaño (Universidad de Granada, España)

Elvira García (Instituto Tecnológico de Monterrey, México)

Felipe Gómez (Universidad de Deusto, España)

Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano, Italia)

Asier Martínez de Bringas (Universidad de Deusto, España)

Encarnación La Spina (Universidad de Deusto, España)

Imanol Zubero (Universidad del País Vasco, España)

Advisory Board / Consejo asesor

Francisco Javier Arellano (Universidad de Deusto, España)

Isabel Berganza (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú)

Cristina Blanco Fdez. de Valderrama (Universidad del País Vasco, España)

Elif Tugba Dogan (Ankara University, Turquía)

Francisco Ferrandiz (Centro Superior de Investigaciones Científicas, España)

M.ª José Guerra (Universidad de la Laguna, España)

Aitor Ibarrola (Universidad de Deusto, España)

Liliana Jacott (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Barbara Kail (Fordham University, EE.UU.)

Nadia Lachiri (Université Moulay Ismaïl, Marruecos)

María Oianguren Idígoras (Gernika Gogoratuz, España)

Karlos Pérez de Armiño (Universidad del País Vasco, España)

Carmen Quesada (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Rosa M.ª Soriano (Universidad de Granada, España)

Gorka Urrutia (Universidad de Deusto, España)

Fernando Val (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Pedro Valenzuela (Universidad Javeriana, Colombia)

Franz Viljoen (University of Pretoria, Sudáfrica)

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 13/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr132024>

Contents / Índice

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

- La representación desproporcionada de una población “minoritaria” en la “educación especial” en la escuela: el caso de España
F. Javier García Castaño, Marta Zornoza Madrid y Raquel Martínez Chicón 11
- La migración en tránsito y los límites del derecho a la salud: el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco
Alejandro Andino 41
- El tratamiento del extranjero migrante (*gēr*) en los códigos legales de la Torá. ¿Lecciones para hoy?
Juan Luis de León Azcárate y Luzio Uriarte González 67
- A propósito de los derechos humanos de las mujeres en Argentina. Propuestas normativas que generan retrocesos
Marina Ditieri 93
- Unveiling the right to self-transformation and self-enhancement: exploring Transhumanism and its impact on human rights and the future of humanity
Lisang Nyathi 119
- Vitoria’s cosmopolitan potential realized: Human nature and human rights via social construction, not natural law
Benjamin Gregg 149

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Garrido, María Belén. 2022. *Rupturas presidenciales: las acciones de la fuerza pública ante movimientos no violentos del Ecuador en 1997, 2000 y 2005*. Sevilla: Universo de letras. 382 p. 183

Ríos Vega, Luis Efrén e Irene Spigno, dirs. 2001. *Estudios de casos líderes interamericanos Vol. XXI, A diez años de la sentencia de "Campo Algodonero": reflexiones sobre el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de violencia de género*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch. 252 p. 189

La representación desproporcionada de una población “minoritaria” en la “educación especial” en la escuela: el caso de España

The disproportionate representation of a “minority” population in “special education” at school: the case of Spain

F. Javier García Castaño 

Instituto de Migraciones. Universidad de Granada. España

fjgarcia@ugr.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6833-9527>

Marta Zornoza Madrid 

Instituto de Migraciones. Universidad de Granada. España

martazm@ugr.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6537-9961>

Raquel Martínez Chicón 

Instituto de Migraciones, Universidad de Granada. España

raquelchicon@ugr.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1509-9405>

<https://doi.org/10.18543/djhr.2787>

Fecha de recepción: 29.06.2023

Fecha de aceptación: 28.09.2023

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Cómo citar / Citation: García Castaño, F. Javier, Marta Zornoza y Raquel Martínez. 2024. «La representación desproporcionada de una población “minoritaria” en la “educación especial” en la escuela: el caso de España». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 11-40. <https://doi.org/10.18543/djhr.2787>

Sumario: Introducción. 1. Un fenómeno bien documentado. 2. Apuntes metodológicos. 3. La educación especial como educación ‘muy’ especial. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Desde la literatura internacional se han realizado investigaciones sobre la representación desproporcionada en la “educación especial”. En España los estudios sobre esta temática son escasos. En este caso, nos centramos en el estudio de esta desproporción, pero en el marco de la gestión de la diversidad en el contexto escolar. Para ello se ha realizado una comparación de los datos de población de nacionalidad extranjera con la población de nacionalidad española

a partir de las estadísticas oficiales. En ambos casos se trata de población matriculada en las escuelas en España. Los datos estadísticos que presentamos en nuestro trabajo evidencian porcentajes muy diferentes de presencia en educación especial de determinadas nacionalidades frente a la población de nacionalidad española. Las diferencias que se evidencian nos anuncian la existencia de desigualdades en la escuela que se matizan según los territorios y la titularidad de los centros educativos.

Palabras clave: Escolares de nacionalidades extranjeras, escuela, representación desproporcionada, educación especial, segregación, España, minorías.

Abstract: Research on disproportionate representation in “special education” has been carried out in the international literature. In Spain, studies on this subject are scarce. In this case, we focus on the study of this disproportion, but within the framework of diversity management in the school context. To this end, a comparison has been made between the data on the foreign population and the Spanish population based on official statistics. In both cases, this refers to the population enrolled in schools in Spain. The statistical data presented in our work show very different percentages of special education for certain nationalities compared to the Spanish population. The evident differences show us the existence of inequalities in schools that are nuanced according to the territories and the ownership of the educational centres.

Keywords: Foreign nationality schoolchildren, school, disproportionate representation, special education, segregation, Spain, minorities

Introducción¹

En este artículo partimos del planteamiento de que la diversidad es una condición inherente a todos los grupos humanos, mientras que la diferencia que se hace de ella es una construcción. El escenario de la escuela, ampliamente analizado como objeto y como contexto, nos permite estudiar la gestión de la diversidad y analizar de qué manera son construidas las diferencias. En este caso, la escuela es el contexto para el análisis de la gestión de la diversidad (entendida en toda su amplitud) y de la construcción de las diferencias –y de las personas construidas como diferentes–. De forma más concreta, nos centramos en la población escolar que nosotros nombramos aquí como “minoría” y que construimos a partir de la categoría “nacionalidad extranjera” (dentro de esta categoría se encontraría la población vinculada de alguna manera a las migraciones, aunque no solo).

Dentro de la lógica de la sociedad inclusiva y, como consecuencia, de la educación inclusiva, las políticas de igualdad no son suficientes. La base debe ser la equidad. Y este proceso de construir una sociedad más inclusiva se debe iniciar desde la identificación (donde entra la descripción, análisis y entendimiento) de los mecanismos por los que las personas de mayor vulnerabilidad son invisibilizadas, apartadas y/o excluidas. Además, siguiendo los planteamientos de los discursos que buscan una educación inclusiva y equitativa, nosotros nos centramos en la construcción de la diferencia en torno a la población vinculada a las migraciones en contextos escolares y en relación con la educación especial. Así, nuestro interés en la construcción de las diferencias nos sitúa en el escenario de la educación especial y las necesidades educativas especiales en un contexto en el que poder entender la gestión de la diversidad².

¹ El presente texto forma parte de una investigación titulada: *Migraciones y construcción de la diferencia: etnografías escolares para entender la desproporcionada presencia de población extranjera en la educación especial en España* (referencia: PID2022-140784OB-I00). Financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología del Gobierno de España. Agradecemos la financiación a dicha institución. También agradecemos la ayuda para la Formación del Profesorado Universitario (FPU) concedida a Marta Zornoza Madrid en la convocatoria 2020 con referencia FPU20/00865 por parte de Ministerio de Universidades del Gobierno de España para el desarrollo de una investigación sobre idéntica temática.

² Aunque más adelante en este texto se aclara la cuestión de qué población es en la escuela etiquetada como de educación especial y que es la que resulta ser “muestra” de nuestra investigación, es necesario que ya aclaremos que trabajaremos con el término educación especial a partir de las estadísticas oficiales en las que se recoge exclusivamente al alumnado de centros específicos de educación especial y al alumnado

Se ha concluido en diferentes estudios y se ha contrastado en la literatura internacional que existe una representación desproporcionada de minorías en este “nivel escolar”. La investigación sobre la desproporcionalidad en la educación especial, definida como la representación excesiva o insuficiente de determinados grupos minoritarios en estos programas, pone de manifiesto que, al igual que las propias migraciones, esta desproporción se ha convertido en una generalidad, en fenómeno mundial (Gabel *et al.*, 2009). No obstante, en España no es un tema que se haya abordado en profundidad y nos resulta de vital importancia empezar a hacerlo, por lo que veremos a continuación qué sucede con esas representaciones desproporcionales de minorías en el caso español. Etiquetar a las minorías en espacios del ámbito escolar que puedan suponer una desigualdad no es legítimo y es discriminatorio, pero incluir a personas en situaciones de apoyo por algún tipo de diversidad funcional motivado por razones “culturales” en nada ayuda al desarrollo de una educación inclusiva en relación con la llamada educación especial.

A partir de todo lo anteriormente señalado, el enfoque y los planteamientos realizados nos llevan a plantear como objetivo de nuestra investigación describir, analizar e interpretar el significado de los procesos de construcción de la diferencia en las formas de gestión de la diversidad cultural que se evidencia en la representación desproporcionada en la educación especial en relación con la población extranjera y/o inmigrante en España. Este objetivo responde a la preocupación por la problematización y posible patologización del origen cultural.

1. Un fenómeno bien documentado

La desproporcionalidad de la educación especial se define como el grado en que la pertenencia a un determinado grupo por variables como el sexo, “raza”/etnia, o estrato socioeconómico, afecta de forma

de aulas específicas de educación especial en centros ordinarios. Y resulta pertinente la aclaración desde el principio dado que para mucha gente educación especial engloba todo tratamiento diferencial en la escuela por necesidades individuales “diagnosticadas” por los servicios de salud como por el propio sistema escolar (aunque estos últimos diagnósticos no comporten una clasificación oficial de discapacidad). Es verdad que en muchos casos se habla de necesidades específicas de apoyo educativo, que englobaría también a la educación especial, pero no faltan quienes siguen utilizando viejas terminologías y se refieren siempre a alumnado de educación especial.

diferencial a la probabilidad de tener una etiqueta como persona con "discapacidad" y recibir educación especial (Oswald *et al.* 1999; Cruz y Rodl 2018). Así, como señalan Bruce y Venkatesh (2014), la desproporcionalidad en la educación especial incluye tanto la infrarrepresentación como la sobrerrepresentación de los niños por sexo, situación económica, "raza"³, etnia, lengua y cultura.

Decimos que es un fenómeno bien documentado porque existen trabajos desde hace más de medio siglo que han estudiado estas cuestiones. Los más representativos los localizamos en EE.UU. (la gran mayoría de ellos), Brasil y algunos países europeos. En ellos se puede ver cómo el fenómeno de la desproporción de la presencia de minorías en la educación especial y con necesidades educativas especiales ha experimentado cambios en los porcentajes (infra y/o sobre representación). También se han dado avances argumentativos y teórico metodológicos y, en algunos casos, explicaciones contradictorias en función de los momentos temporales, los acontecimientos y los contextos geopolíticos y económicos, educativos y legislativos. A la vez, todo ello se ha relacionado con la definición y contabilización de quiénes son las poblaciones escolares que pertenecen al "grupo minoritario" en función de la/s categoría/s seleccionada/s como principales (fenotipo, nacionalidad, lengua, etc.).

Es ya muy habitual citar el clásico trabajo de Dunn (1968) como el primero que hizo referencia a la representación desproporcionada (sobrerrepresentación) de las minorías étnicas en la educación especial. Muy poco después Evelyn Deno (1970) realizaba una importante reflexión a la hora de entender qué debería ser la educación especial, aunque no centrada tan exclusivamente en la cuestión de la representación desproporcionada. En ella ya mencionaba la posibilidad de que la educación especial supusiera un lugar de exclusión de los excluidos.

Como ya hemos comentado, la representación desproporcionada es un fenómeno bien documentado y existe un buen número de trabajos que revisan la literatura científica más relevante. En la primera década de este siglo ya se elaboraron los primeros trabajos de revisión. Coutinho y Oswald (2000) concluían que era una cuestión muy controvertida y lo

³ Aunque el término "raza" se encuentra en desuso en buena parte de las Ciencias Sociales, es verdad que en determinada literatura internacional se sigue con su uso. En este campo que aquí tratamos es habitual, y es por ello por lo que lo utilizamos, pero entrecomillas para mostrar que no se trata de un término que tengamos asumido como propio. Por motivos de espacio no podemos entrar a considerar el debate que supone el uso o no de tal terminología.

hacían tras mostrar la importante cantidad de estudios sobre el tema hasta la fecha. Donovan y Cross (2002), en un informe muy exhaustivo sobre el fenómeno, incluían un segundo capítulo con una revisión de la literatura publicada hasta entonces. Waitoller, Artiles y Cheney (2010) revisaron investigaciones entre 1968 y 2006 y mostraron las características de los estudios realizado entre esas fechas y cómo enmarcan el problema, entendido este como objeto de estudio.

Pero en la segunda década del siglo se producirá un importante giro en los estudios sobre representación desproporcionada de las minorías étnicas en la educación especial. Se dejó de hablar de sobrerrepresentación para hablar de representación desproporcionada. Las razones surgieron de los resultados de investigaciones más exhaustivas sobre el fenómeno. Morgan *et al.* (2012) plantean que los niños de 48 meses que son “negros” o asiáticos están infrarrepresentados en la EI/ECSE⁴ en los EE.UU., lo que supone toda una novedad en el estudio del fenómeno. No están sobrerrepresentados, como hasta entonces decía toda la literatura científica, sino que están infrarrepresentados. Poco después el mismo equipo será más concreto. Morgan *et al.*, (2015) plantearán que, a pesar de los esfuerzos legislativos y políticos federales llevados a cabo desde hace tiempo para reducir la sobrerrepresentación de las minorías en la educación especial, esto no ha ocurrido en los EE.UU. Por el contrario, los niños y niñas de las minorías tienen menos probabilidades de ser identificados como discapacitados y de recibir servicios de educación especial que los niños blancos de habla inglesa.

Para reforzar sus argumentos, sintetizaron los trabajos empíricos para evaluar si los niños negros estaban desproporcionadamente representados en la educación especial (Morgan *et al.* 2016). En su trabajo mostraban que las mejores pruebas indicaban que los “niños negros” tenían una probabilidad significativamente menor de recibir servicios de educación especial que los niños blancos. Y el mismo año (Morgan y Farkas 2016), resumiendo sus hallazgos más recientes, mostraban que los “niños blancos” en los EE.UU. eran más propensos que los niños de minorías raciales o étnicas a recibir servicios de educación especial, incluso para los trastornos emocionales y de comportamiento. Mostraron la solidez de los resultados. Explicaron por qué sus hallazgos entraban en conflicto con informes anteriores en el ámbito de la educación, según los cuales las minorías eran identificadas en exceso como discapacitadas debido a procedimientos de elegibilidad sesgados o discriminatorios. Los propios informes

⁴ *Early Interventionist/Early Childhood Special Educator*

anteriores, decían, entraban en conflicto con un amplio y riguroso cuerpo de investigación en salud pública, posiblemente debido al uso de diseños y análisis relativamente débiles.

Más adelante, Morgan *et al.* (2018) realizarían una síntesis de la mejor evidencia de 22 estudios para examinar si el sesgo sistémico explicaba la sobrerrepresentación desproporcionada de las minorías en la educación especial. De las estimaciones totales del modelo de regresión, sólo 7/168 (4,2%), 14/208 (6,7%), 2/37 (5,4%) y 6/91 (6,6%) indicaron una sobrerrepresentación estadísticamente significativa para los niños hispanos, asiáticos, nativos americanos y estudiantes de inglés (ELL) o de minorías lingüísticas, respectivamente. Y un par de años después (Morgan *et al.* 2020) seguirían reafirmando en sus orientaciones del fenómeno: los estudiantes negros e hispanos que asisten a las escuelas del Sur de los Estados Unidos han sido y siguen siendo menos propensos a ser identificados como discapacitados que los estudiantes blancos que son similares.

Como era de esperar, las reacciones se sucedieron a estos estudios y a este equipo de investigación. Kramarczuk *et al.* (2017) realizaron una revisión abordando la representación desproporcionada en la educación especial. En esta se aproximaron a la política para conocer de qué manera ha sido abordada esta desproporcionalidad. A partir de este enfoque cuestionaron por qué la ley IDEA⁵, pese a ser una ley de derechos civiles jurídicamente sólida, no había reducido esta representación desproporcionada. Cooc y Kiru (2018) han revisado literatura sobre la desproporcionalidad en la educación especial en contextos internacionales (EE.UU. y Reino Unido) y han identificado las tendencias entre los grupos de estudiantes y los países. Cruz y Rodl (2018) han mostrado las formas en que los estudios hasta la fecha analizaban la desproporcionalidad a través de métodos estadísticos, afirmando que estos influyen en la interpretación del problema y de los resultados. Gutiérrez-Saldivia (2018), analizando literatura científica de una manera "documental-descriptiva", concluyó que en las sociedades occidentales los estudiantes de grupos minoritarios voluntarios e involuntarios (tomando de referencia los planteamientos de John Ogbu) estaban excesivamente representados en la educación especial en comparación con estudiantes de grupos dominantes.

Connor *et al.* (2019) proponen los Estudios Críticos de la Raza sobre la Discapacidad (DisCrit) para criticar y repensar cómo se puede

⁵ Ley de Educación para Personas con Discapacidades (*Individuals with Disabilities Education Act*)

conceptualizar e investigar la representación desproporcionada incorporando necesariamente el análisis de los contextos y la importancia de los individuos. Hacen un llamamiento a la necesidad de examinar los intereses políticos y las relaciones de poder en la educación especial.

Y, finalmente, Chieppa y Sandoval (2021), revisando la sobrerrepresentación de las minorías en la literatura europea en los últimos veinte años, denuncian la falta de marcos teóricos explícitos y la casi constante perspectiva uniaxial en las investigaciones de este fenómeno:

Frente a un número limitado de estudios con un marco teórico explícito, se observa que la mayoría de los estudios empíricos, especialmente los cuantitativos, no especifican ningún marco teórico de referencia (Strand; Lindsay 2009; Brandenburg *et al.* 2016; Vouyoukas *et al.*, 2017; Zouganeli; Mastrothanas 2019) (Chieppa y Sandoval 2021, 14).

Pero en Europa, en general, y en España, en particular, carecemos de grandes estudios sobre la cuestión⁶. En Europa no se han desarrollado grandes trabajos que traten la representación desproporcionada en todo el territorio en términos de demostración estadística. Además, como nos recuerdan Berhanu y Dyson (2017), se sabe mucho sobre el tema de la desproporcionalidad gracias a décadas de investigación y debate en los Estados Unidos, pero los resultados de esta investigación no pueden trasladarse simplemente a los países europeos, con sus diferentes historias, culturas, demografía y sistemas educativos⁷. Sin embargo, hay algún trabajo puntual como el realizado

⁶ Dejamos de mencionar en esta revisión de literatura el importante trabajo de Jorgensen *et al.* (2022) sobre los enfoques escolares y los problemas actuales en las escuelas europeas en relación con los niños inmigrantes con necesidades educativas especiales. Se trata de una revisión de literatura centrada en exclusiva en Europa, pero se adentra ya en el fenómeno de la relación entre educación especial e inmigración y no trata directamente el asunto de la representación desproporcionada. Parte de la consideración de su existencia y aquí estamos tratando de demostrar, de momento, el fenómeno.

⁷ Girma Berhanu tiene una larga trayectoria de trabajos analizando las causas y las consecuencias de la representación desproporcionada de las minorías en la educación especial. Él nos recuerda que no todos los países europeos tienen estudios sobre la representación desproporcionada, pero en los que existe se da siempre esta situación, es decir, los alumnos de determinados grupos sociales están representados en proporciones diferentes a su presencia en la población escolar general. Si no se desarrollan aquí más sus trabajos es por la intención de este texto de centrarse en

por la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación de Alumnado con Necesidades Educativas Especiales, que comprende el periodo 2005/2009. En esta investigación Grünberger, Kyriazopoulou y Soriano (2009) muestran la existencia de amplios trabajos centrados en las necesidades educativas especiales, pero no existe un análisis en el ámbito europeo que combine educación especial y educación del alumnado con diferente origen cultural respecto al país de residencia⁸. En el caso de España es muy reciente un trabajo de Sandoval, Álvarez-Rementería y Darretxe (2022) en el que se mostraban datos estadísticos oficiales que indican la desproporción de la que estamos hablando. Ellas lo hacían refiriéndose a la población de nacionalidad extranjera escolarizada en la educación especial. Aunque el estudio suponía una revisión más amplia sobre la educación especial, concluían sobre este aspecto que ahora nos interesa, retomando a Artiles *et al.* (2011) y Connor *et al.* (2016), con la siguiente reflexión:

[...] resulta necesario adoptar una perspectiva interseccional sobre la inclusión, es decir, tener en cuenta la procedencia de los estudiantes y la cultura que comparten las familias y estudiantes, ya que podría correrse el riesgo de que existiera una sobrerrepresentación de algunas procedencias que podrían indicar la falta de garantías científicas multiculturales en las evaluaciones psicopedagógicas que determinan la opción de escolaridad. Un enfoque interseccional de la educación inclusiva puede guiar a los orientadores y orientadoras a comprender cómo las múltiples formas de discriminación segregan a ciertos estudiantes (Sandoval *et al.*, 2022: 393).

En fin, en nuestras investigaciones ya hace años que venimos mostrando a la escuela como un constructor de diferencias (García

exclusiva en los trabajos que presentan evidencias estadísticas sobre la desproporción de minorías en la educación especial.

⁸ En el caso de España existe una abundante literatura en los últimos treinta años sobre la presencia en la escuela de poblaciones de nacionalidad extranjera y/o con vínculos con los procesos migratorios. Una síntesis con voces bien diversas podemos encontrarla en el libro que reunieron García Castaño y Carrasco (2011) bajo el apoyo del Ministerio de Educación del Gobierno de España. Se trata de una recopilación de textos de muy diversa autoría sobre lo que entonces denominábamos población inmigrante en la escuela. Además, recomendamos la consulta de dos revisiones de la literatura producida en España en este terreno: García Castaño, Rubio y Bouachra (2008 y 2015). Pero estos trabajos se refieren a lo que podríamos denominar minorías y escuelas (en general) y ahora nos estamos deteniendo exclusivamente en la educación especial; es decir, en una parte de la escuela. Lógicamente, este estudio, que ahora solo apuntamos a la posible representación desproporcionada, deberá situarse en un futuro de manera holística en aquellos estudios más generales de minorías y escuela.

Castaño y Alcaraz 2012; García Castaño y Rubio 2018, etc.). Más recientemente hemos iniciado estudios en este mismo campo de la educación especial y algunos resultados nos muestran con significatividad estadísticas la representación desproporcionada de la que estamos hablando (Cama y García Castaño 2017; García Castaño, Calabresi y Zornoza 2022; García Castaño, Goenechea y Rubio 2023). Precisamente en este trabajo pretendemos concretar esa desproporción en la matrícula de la educación especial y, específicamente del alumnado de nacionalidad extranjera como “grupo minoritario”. Nos centramos en las diferencias (no pocas) en función de los territorios donde se ubica los centros escolares y en la titularidad de estos (públicos/privados).

2. Apuntes metodológicos

En la organización del sistema escolar en España aparece en diversas ocasiones el término ‘especial’ y no se refiere siempre a lo mismo. Así encontramos la mención a ‘Enseñanzas de Régimen Especial’ (que son enseñanzas específicas centradas en el arte, el diseño, la música, la danza, el deporte o los idiomas) frente a ‘Enseñanzas de Régimen General’ (que hacen referencia a la Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria, Educación Especial, Bachillerato, Ciclos Formativos de Formación Profesional y otros Programas Formativos, y que serán los espacios en los que se mueva el presente trabajo).

Dentro de estas enseñanzas de Régimen General, localizamos la llamada ‘Educación Especial’ y al alumnado con necesidades educativas especiales, que queda definido en la norma vigente como:

[Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales], aquel que afronta barreras que limitan su acceso, presencia, participación o aprendizaje, derivadas de discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, y que requiere determinados apoyos y atenciones educativas específicas para la consecución de los objetivos de aprendizaje adecuados a su desarrollo (Art. 73.1. Ley Orgánica 3/2020).

Pero detallemos con el apoyo de las normas lo que es de nuestro interés. El artículo 74 de la Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Ordenación de la Educación regula la escolarización del alumnado que

presenta necesidades educativas especiales. Se establece que esta se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema escolar. La escolarización de este alumnado en unidades o centros⁹ de educación especial (modalidad educativa obligatoria y gratuita en los niveles ordinarios del sistema escolar) sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan atenderse en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios (Real Decreto 334/1985). Precisamente será la población matriculada en educación especial la que será de nuestra atención en este trabajo¹⁰. Dejaremos fuera al alumnado identificado como con Necesidades Específicas de Apoyo Educativo (entre los que se ubican las necesidades educativas especiales), matriculado en centros ordinarios, ya que a pesar de la importancia que para un estudio más amplio y completo tendría incorporar estos datos, carecemos de estadísticas oficiales concretas de acceso público en este sentido.

Para este trabajo nos hemos servido de una única fuente: la Estadística de las Enseñanzas No Universitarias que elabora la Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional¹¹. Es la única fuente oficial que ofrece los datos necesarios para realizar una primera aproximación estadísticas a los datos de matrícula de población de nacionalidad española (a la que hemos considerado grupo mayoritario) y población de nacionalidades extranjeras (a la que, como ya indicamos,

⁹ Los centros específicos se refieren a centros de educación especial que están claramente diferenciados de los centros ordinarios (edificios distintos, organizaciones distintas, profesorado distinto, autoridades distintas...). Las unidades se refieren a las conocidas como "aulas específicas", que son aulas dentro de los centros ordinarios que pueden escolarizar a alumnado de educación especial con una actividad aislada del resto de las aulas de dicho centro ordinario en la mayor parte del horario escolar, pero que también pueden compartir algún tiempo del horario escolar con alumnado sin la distinción de educación especial en lo que se conoce como "aula ordinaria". Las estadísticas oficiales con las que aquí trabajaremos se refieren exclusivamente a la matrícula en la educación especial que reúnen a la población de los "centros específicos" y de las "aulas específicas".

¹⁰ En las estadísticas oficiales que manejaremos en este texto se incluye en la Educación Especial personas con los siguientes diagnósticos: discapacidad auditiva, discapacidad motora, discapacidad intelectual, discapacidad visual, trastornos generalizados del desarrollo, trastornos graves de conducta/personalidad, y plurideficiencia.

¹¹ El conjunto de los datos que aquí utilizamos se puede consultar en <https://www.educacionyfp.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/no-universitaria/alumnado/matriculado.html>.

denominamos “grupo minoritario”). Hemos trabajado los datos aportados por dicha fuente de manera particular utilizando las series anuales que transcurren desde el curso 1994/95 al curso 2020/21 (último ofrecido por la fuente). Los datos se han tratado con el programa Ms Excel para realizar todos los cálculos y su representación en tablas y gráficos.

Dado que el Régimen General integra más enseñanzas que las que pueden acoger la población matriculada en la educación especial, hemos construido una subcategoría de Régimen General. La seguimos llamando de igual manera, pero en ella solo hemos integrado las enseñanzas de educación infantil, educación primaria y educación secundaria obligatoria. Dado que no se contempla la educación especial a la que nos hemos referido aquí (ver nota a pie 8) en las enseñanzas, por ejemplo, de bachillerato, hemos optado por retirarlas de las del Régimen General que presentan las estadísticas oficiales. Es por ello por lo que hablamos de una subcategoría de Régimen General adaptada a este estudio.

En este trabajo nos hemos detenido en comparar los porcentajes de escolares matriculados en la educación especial con nacionalidad extranjera y los escolares de estas mismas nacionalidades matriculados en las Enseñanzas de Régimen General. Es decir, comparamos el volumen de escolares de nacionalidad extranjera en relación con toda la matrícula del sistema escolar, ya sea en el Régimen General que hemos construido o en la educación especial (Gráfico 1). A partir de los primeros cálculos que mostramos en forma de representación gráfica nos detenemos en analizar no los porcentajes directamente, sino las diferencias entre estos porcentajes (Gráficos 2, 3 y 4). Es decir, mostramos gráficamente qué distancia existe entre los porcentajes (la resta entre unos y otros datos) de la matrícula en el Régimen General y en la educación especial, siempre referidos esos porcentajes a la población de nacionalidad extranjera. El resultado es que mostraremos las diferencias generales para el conjunto del Estado español y analizaremos tales diferencias atendiendo a dos variables: el territorio (compararemos el conjunto del Estado con los datos de la Comunidad de Madrid) y la titularidad del centro escolar (público *versus* privado). Llegaremos a una cuarta comparación incluyendo ambas variables a la vez.

Aunque en este trabajo hemos elaborado las comparaciones centradas en exclusiva en los porcentajes de población de nacionalidad extranjera en la educación especial y en el Régimen General, hemos querido asegurarnos previamente de que las dos poblaciones que estamos comparando, nacional y extranjera –grupo mayoritario y minoritario–, muestran diferencias significativas estadísticamente

hablando. Para dicha comparación entre población mayoritaria (nacionalidad española) y población minoritaria (nacionalidades extranjeras) hemos realizado los cálculos a partir del indicador estadístico Z-Score para comprobar cómo de representativa es la diferencia. Dichos cálculos se han realizado aplicando la siguiente ecuación:

$$Z_{score} = \frac{\frac{\alpha_{EE}}{\alpha} - \frac{\beta_{EE}}{\beta}}{\sqrt{\frac{\alpha_{EE} + \beta_{EE}}{\alpha + \beta} \cdot \left(1 - \frac{\alpha_{EE} + \beta_{EE}}{\alpha + \beta}\right) \cdot \frac{1}{\alpha} + \frac{1}{\beta}}}$$

- α . Población total matriculada en el Régimen General de nacionalidades extranjeras (población minoritaria)
- β_{EE} . Población total matriculada en educación especial de nacionalidad española (población mayoritaria Educación Especial)
- β . Población total matriculada en el Régimen General de nacionalidad española (población mayoritaria)

Los resultados nos muestran el nivel de significatividad estadística de las diferencias entre una y otra población. Así, un resultado de 0 nos indicará que las diferencias no son significativas estadísticamente hablando, un resultado de 1 o -1 que las diferencias son significativas con una probabilidad del 68%, un resultado de 2 (o más de 2) o -2 (o más de -2) que las diferencias son significativas estadísticamente con una probabilidad de 95%. En todos los casos, si el resultado es positivo estaremos hablando de sobrerrepresentación de la población minoritaria en relación con la mayoritaria. Si el resultado es negativo nos dirá que se trata de infrarrepresentación de la población minoritaria en relación con la mayoritaria. Pues bien, los cálculos producidos son los que se reflejan para algunos de los cursos escolares en la Tabla 1.

Tabla 1

Cálculo del estadístico Z-Score para mostrar la significatividad estadística de las diferencias de la matrícula de la población de nacionalidad extranjera en la educación especial y la matrícula de la población de nacionalidad española en la misma educación especial. Varios años y todos los centros

		España	Madrid
1994-95	Total	-11,95	-7,07
	Público	-8,13	-4,08
	Privado	-8,41	-5,57
2000-01	Total	-8,38	-4,62
	Público	-5,79	-2,47
	Privado	-2,54	-2,64
2005-06	Total	-7,26	-3,49
	Público	-4,95	-2,24
	Privado	4,40	-1,87
2010-11	Total	15,10	5,48
	Público	12,99	6,24
	Privado	18,17	1,24
2015-16	Total	27,00	13,43
	Público	22,58	13,05
	Privado	23,55	4,54
2020-21	Total	22,94	12,43
	Público	21,86	12,93
	Privado	15,26	3,07
2021-22	Total	21,82	11,83
	Público	19,56	12,87
	Privado	15,07	1,99

Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

Como puede verse en la Tabla 1, hasta el curso 2005/06 estaban infrarrepresentados la población escolar en la educación especial y, a partir de ese curso, sobrerrepresentados con una confianza estadística (muy por encima del 2 y del -2) del 95% en todos los cursos.

Dos últimos apuntes más de carácter metodológico que nos ayudan a aclarar aspectos sobre la población que estamos estudiando. Uno, de carácter más teórico y, otro, de carácter más técnico:

- En primer lugar, en el conjunto de la revisión de literatura presentada hemos estado hablando de población escolar identificada como perteneciente a *minorías étnicas* y aquí la variable que utilizaremos será la de nacionalidad. Es cierto, en primer lugar, que la consideración de *minoría étnica* no siempre nos debe conducir a hablar de población inmigrante, pero no es menos cierto que los procesos de *etnificación* son muy habituales en contextos en los que poblaciones migrantes se relacionan y conviven con poblaciones autóctonas. También es cierto que la nacionalidad no permite asegurar la vinculación de las personas a procesos migratorios, pero es comúnmente utilizada desde la demografía en España para estos asuntos, y ello a pesar de la existencia de estadísticas específicas sobre migraciones¹². Junto a esto último, se debe saber que los llamados procesos de ‘naturalización’, por los que determinadas poblaciones de nacionalidades extranjeras obtienen la nacionalidad del país de acogida, han sido importantes en España. Eso se traducirá en que una parte de la población etiquetada como de ‘nacionalidad española’ también ha estado involucrada en procesos migratorios, pero este hecho no queda reflejado en esta breve aproximación estadística al fenómeno de la representación desproporcionada.
- En segundo lugar, debe quedar claro –insistimos una vez más–, que nos estamos refiriendo a la población escolar que es clasificada en las estadísticas oficiales del Ministerio de Educación como de educación especial, es decir, escolarizada en centros específicos de educación especial y en aulas específicas de centros ordinarios. No incluyen estas estadísticas al alumnado que es identificado con ‘necesidades específicas de apoyo educativo’. En este segundo caso, las estadísticas oficiales, como ya hemos dicho, no ofrecen la posibilidad de análisis desagregados por nacionalidad y es por ello por lo que

¹² Pueden consultarse en <https://www.ine.es/index.htm>.

resulta, de momento, imposible cualquier tipo de estudio en el sentido que aquí lo estamos proponiendo.

3. La educación especial como educación 'muy' especial

Solo un par de conjuntos de datos para comenzar y mostrar esto que decimos de que la educación especial es 'muy' especial:

En términos de género las diferencias son notables en la matrícula en educación especial en el conjunto del Estado español. Según las estadísticas oficiales que hemos manejado y que ya hemos citado, en el curso 1990/91 el porcentaje de mujeres en la matrícula en educación especial era del 39,76%, diez años después (curso 2000/01) ese porcentaje había descendido al 38,83%. Diez años más tarde (curso 2010/11) sería ya de 37,59%. En el curso 2020/21 el porcentaje de mujeres matriculas en la educación especial era del 35,11%, cuatro puntos porcentuales de descenso en tres décadas. Diferencias entre varones y mujeres que no existen en la educación obligatoria, porque si bien hay igualmente más niños que niñas, la presencia de ambos es inmensamente más equilibrada.

En términos de tipologías de discapacidad también encontramos que la educación especial es 'muy' especial. En el curso 2011/12 el porcentaje de escolares matriculados en educación especial dentro de la categoría de "discapacidad intelectual" en el conjunto del Estado español era del 45,34%. Es decir, era la tipología más importante de discapacidad. Pero la cuestión era diferente según territorios. En La Rioja eran solo un 16,67%, en Cantabria un 28,80% y en Aragón un 28,80%, cifras todas ellas muy alejadas de la media de todo el Estado. Pero existían territorios que estaban muy por encima. En Madrid el porcentaje de alumnado matriculado en la educación especial con 'discapacidad' intelectual en el curso citado suponían un 47,33%, en Cataluña ya eran un 55,85% y en el País Vasco un 56,97%¹³. Casi diez después, en el curso 2020/21, las cifras se igualan algo, pero siguieron mostrando importantes 'distancias': el conjunto del Estado tenía

¹³ Puede parecer lógico pensar que tales diferencias son debidas a la gestión del sistema escolar en cada territorio autónomo. Como cada Comunidad tiene competencias en materia educativa puede que tenga 'políticas' diferentes en estas materias y ello explicaría las 'distancias' estadísticas. Pero debe saberse que las diferencias también se dan entre provincias en una misma Comunidad Autónoma. Remítimos a las fuentes estadísticas citadas para observar estas diferencias al interno en una misma Comunidad Autónoma.

matriculado con diagnóstico de 'discapacidad' intelectual al 39,68%, mientras en Cantabria suponían el 33,41% y en Madrid el 46,82%. Diferencias difíciles de explicar a partir de la composición 'natural' de las poblaciones.

Este conjunto de datos nos sirve de presentación para indagar en la 'especialidad' de la educación especial, pero ahora con la presencia de alumnado de nacionalidad extranjera en las escuelas. El grupo que aquí mencionamos como "minoría".

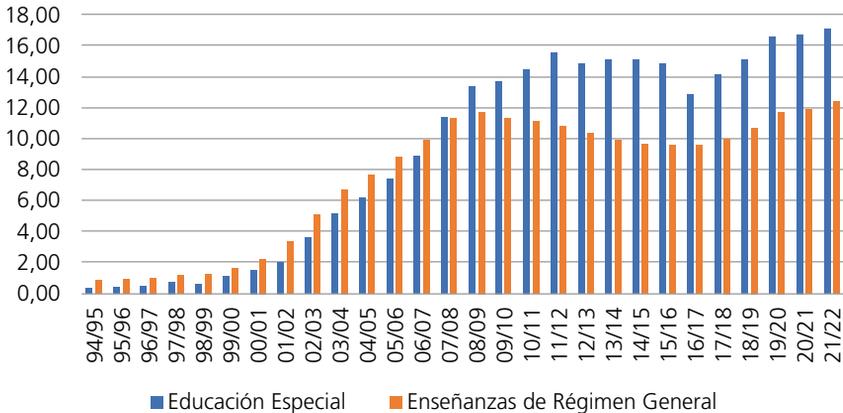
En el Gráfico 1 mostramos la evolución en los últimos treinta años de la matrícula en educación especial y en el Régimen General para el grupo minoritario. Como ya hemos aclarado en el apartado metodológico, estamos comparando al conjunto de los escolares de nacionalidad extranjera con el conjunto total de escolares de todas las nacionalidades, incluida la española. Esta comparación nos muestra que en el Régimen General solo alcanzarían los del grupo minoritario el 2% del total del sistema a partir del curso 2000/01 y un curso después serían los de educación especial. Hasta entonces las diferencia entre el Régimen General y la educación especial se habían mantenido por debajo del 1% a favor del Régimen General. Crecieron estas diferencias por encima del 1% los siguientes cursos hasta el curso 2007/08. En este curso, el porcentaje de escolares matriculados en educación especial del grupo minoritario empezó a ser mayor que el del Régimen General. Podría decirse que hasta entonces quizá estaban infrarrepresentados y que empezaban a estar sobrerrepresentados este grupo minoritario en la educación especial.

A partir del citado curso las diferencias siguieron creciendo y no han parado. En el curso 2010/11 el porcentaje en la educación especial de estos escolares eran ya del 14,47% y en el Régimen General del 11,09%, 3,38 puntos porcentuales de diferencia hacia la educación especial. En el curso 2014/15 se alcanzó la mayor diferencia. En la educación especial eran el 15,12% y en el Régimen General el 9,64%, 5,19 puntos porcentuales de diferencia que se explican no por el descenso del porcentaje en el Régimen General, sino por el porcentaje en la educación especial que seguía creciendo. En el último curso analizado (2021/22) las diferencias han disminuido ligeramente y ello por el nuevo crecimiento del Régimen General, dado que el crecimiento porcentual en educación especial no ha parado. En este curso, ya son 17,09% los de educación especial del grupo minoritario y el 12,39% los de este mismo grupo en el Régimen General.

Parece claro que el ritmo de crecimiento del porcentaje de escolares matriculados en la educación especial del grupo minoritario

Gráfico 1

Porcentaje de alumnado de nacionalidad extranjera matriculado en Educación Especial y Enseñanzas de Régimen General (Infantil, Primaria y Secundaria Obligatoria) (todos los centros)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

es mayor que el del conjunto de escolares de este mismo grupo¹⁴ y esto podría estar anunciándonos una representación desproporcionada de un colectivo en el que sin duda se encuentra una buena parte de los escolares que suelen estar vinculados al fenómeno de la inmigración y que muy bien podrían ser considerados, en comparación con la literatura internacional, como “minorías en la escuela”.

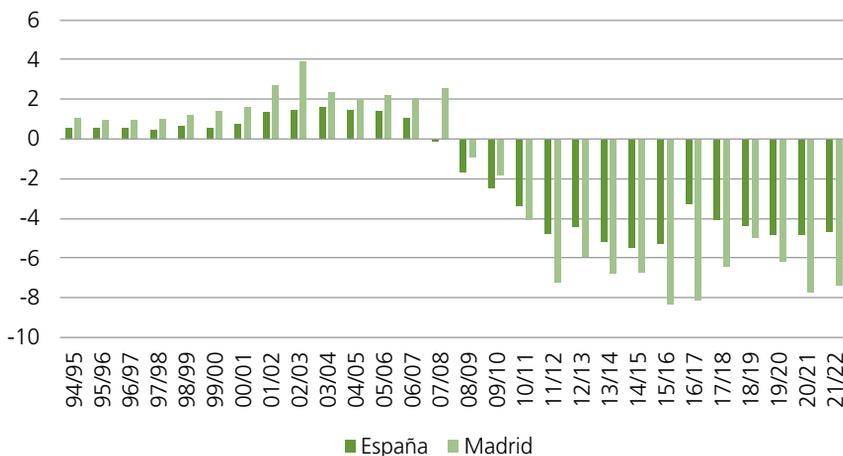
Pero estas diferencias tienen más detalles por analizar. Si nos detenemos a mirarlas por territorios y por titularidad de centro escolar, observaremos que es necesario tener muy presentes más variables que las exclusivas de la nacionalidad. Estas otras variables también pueden explicar las posibles representaciones desproporcionadas. En los siguientes gráficos veremos lo que ocurre con esta diferencia (resta) entre las proporciones en Régimen General y Educación Especial. Empecemos por los contrastes territoriales.

¹⁴ Debe entenderse, en la observación del Gráfico 2, que un crecimiento de los porcentajes del grupo minoritario (de nacionalidad extranjera) supone un decrecimiento del porcentaje del grupo mayoritario (de nacionalidad española).

Para mostrar como son las diferencias territoriales hemos elegido el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Madrid. Es en ella donde se dan los mayores porcentajes de escolarización de personas con nacionalidad extranjera (grupo minoritario) y por ello podrá mostrarnos mejor la importancia del fenómeno. Para ello utilizaremos la representación que nos ofrece el Gráfico 2. En él mostramos las diferencias de las que hemos hablado entre Educación Especial y Régimen General para la población escolarizada del grupo minoritario en el conjunto de España y en el conjunto de la Comunidad de Madrid.

Gráfico 2

Diferencias entre los porcentajes de escolarización en Educación Especial y Régimen General de la población de nacionalidad extranjera en España y en Madrid



Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

Como podemos observar, las diferencias se hicieron negativas en Madrid, es decir, a favor de la Educación Especial, un curso posterior (2008/09) a cuando ocurrió para el conjunto de España. La máxima diferencia a favor de la educación especial se alcanzó en Madrid en el curso 2015/16 siendo de 8,35 puntos de diferencia porcentual a favor de la educación especial (en España en ese curso era de 5,32 puntos de diferencia porcentual). El último curso analizado (2021/22) la

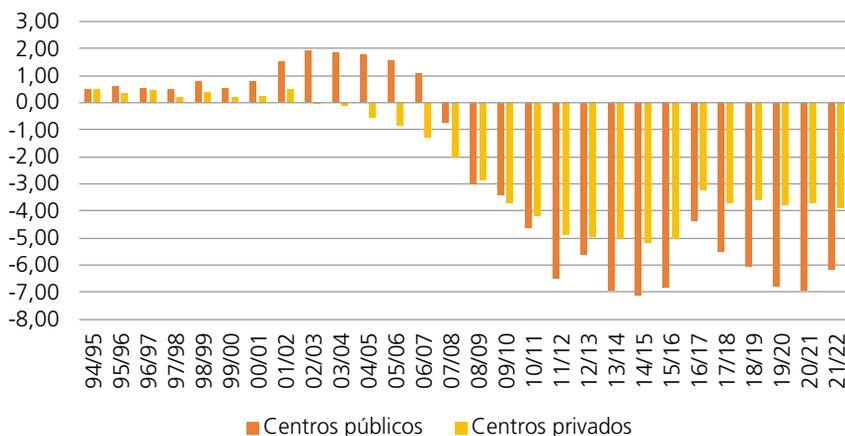
diferencia a favor de la educación especial era en Madrid de 7,4 puntos porcentuales cuando en el conjunto de España era de 4,69 puntos. Resumiendo, cuando en Madrid en el curso 2021/22 el porcentaje de escolares del grupo minoritario en la educación especial era del 21,63%, en el Estado español era del 17,09%, lo que muestra una clara diferencia territorial. Además, en el Régimen General en Madrid y en el mismo curso, el porcentaje de escolares del grupo minoritario era del 14,23% algo superior al del conjunto del Estado que era del 12,39%, pero que evidencia que en la Educación Especial y para el caso de Madrid la posible representación desproporcionada era mayor a la del conjunto del Estado.

Acudamos ahora a otra variable que puede explicar estas desproporciones de la representación de las minorías en la educación especial. En este caso analizaremos la escolarización según tipología de centro. Distinguiremos entre escolarización de la educación especial en centros públicos o en centros privados.

Como puede verse en el Gráfico 3, el porcentaje de escolarización en Educación Especial en los centros públicos empezó a ser más importante que en el Régimen General antes que en los centros privados. En

Gráfico 3

Diferencias entre los porcentajes de escolarización en Educación Especial y Régimen General de la población de nacionalidad extranjera según tipo de centro (público y privado)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

concreto empezó en el curso 2002/03. En la continuación de la serie no ha dejado de ser más importante en este tipo de centros. Alcanzo su máxima diferencia en el curso 2013/14 que llegó a ser de más de cinco puntos porcentuales entre la Educación Especial y el Régimen General a favor de la primera. El último curso estudiado (2020/21) la diferencia se ha reducido en este tipo de centros y se ha situado en cuatro puntos porcentuales siempre a favor de la educación especial.

Los centros públicos empezaron más tarde a observar las diferencias a favor de la matrícula en la Educación Especial. Sería en el curso 2007/08. Alcanzó su máxima diferencia en el curso 2014/15 con más de siete puntos porcentuales de diferencias a favor de la Educación Especial. El periodo analizado terminó (curso 2020/21) con más de seis puntos porcentuales de diferencia entre el porcentaje de escolares de nacionalidad extranjera con matrícula en la Educación Especial y frente a la matrícula de esta tipología de escolares en el Régimen General.

Como se puede observar, también existen diferencias entre los distintos tipos de centros. Los centros públicos muestran una mayor distancia entre la matrícula en la Educación Especial frente al Régimen General para la población de nacionalidad extranjera. Ello a pesar de haber comenzado antes los centros privados a mostrar tal diferencia.

Pero aún podemos mostrar como aumentan estas diferencias si combinamos las dos variables que acabamos de analizar: la titularidad de los centros conjugada con el territorio. Para ello, presentaremos los datos tanto del conjunto de España como de la Comunidad de Madrid y los desagregaremos según tipología de centros. El Gráfico 4 nos muestra estos resultados.

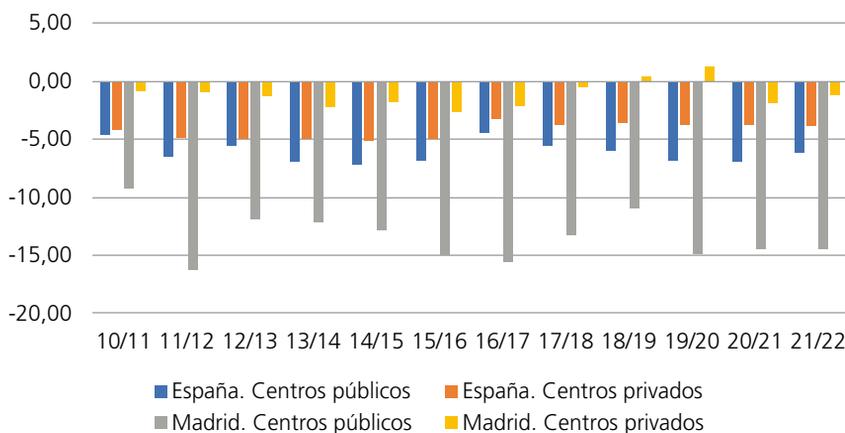
En esta ocasión hemos optado, para facilitar la visualización de los datos, presentar solo los cursos escolares en el que las cuatro series (España público y privado y Madrid público y privado) coincidían en presentar un porcentaje mayor de matrícula de población de nacionalidad extranjera en la educación especial¹⁵. Las comparaciones entre centros públicos en España en contraste con la Comunidad de Madrid son notables. En el curso de mayor diferencia entre los porcentajes para los centros públicos de toda España (2014/15) (en el

¹⁵ Debemos mencionar que aquí también se presentan importantes diferencias en los datos que no se pueden mostrar en el Gráfico 4. Ya hemos indicado que es en el curso 2002/03 cuando el porcentaje de la matrícula en Educación Especial para el grupo minoritario empieza a ser mayor que en el Régimen General en el caso de los centros públicos. Esta diferencia de los centros privados solo aparece en Madrid ocho cursos después (2010/11).

que se alcanza más de siete puntos porcentuales en tales diferencias), Madrid ya tenía una diferencia superior a los doce puntos porcentuales. En el último curso estudiado (2020/21), España presentaba una diferencia a favor de la Educación Especial de más de seis puntos porcentuales. En Madrid esa misma diferencia era de más de catorce puntos porcentuales, pero esta misma comunidad llegó a tener más de quince puntos porcentuales de diferencia en el curso 2016/17.

Gráfico 4

Diferencias entre los porcentajes de escolarización en Educación Especial y Régimen General de la población de nacionalidad extranjera en España y en Madrid y entre centros públicos y centros privados



Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

En el caso de la comparación entre estos dos territorios y la tipología de centro privados las diferencias son menores, pero siguen existiendo diferencias. Ya hemos indicado que es en el curso 2014/15 cuando se alcanza la mayor diferencia son favor de la educación especial en el caso de España (más de cinco puntos porcentuales). Un curso antes se alcanza esa mayor diferencia, pero no alcanza a los tres puntos porcentuales. Las diferencias se han ido moderando en ambos territorios llegando a casi cuatro puntos porcentuales en el caso de España y poco más de un punto porcentual en el caso de Madrid. Se

da incluso la circunstancia de que la Comunidad de Madrid ha llegado a presentar cifras superiores en dos cursos escolares (2018/19 y 2019/20) en el porcentaje de la matrícula de población de nacionalidad extranjera en el Régimen General que en la matrícula en Educación Especial. Esta circunstancia no se daba en esta Comunidad desde diez años antes en el curso 2009/10.

Conclusiones

Cuando empieza a crecer la población de nacionalidad extranjera en la escuela (grupo minoritario en este estudio) también empieza a crecer la matrícula en la educación especial de esta población. Sin embargo, este crecimiento no se produce en proporciones similares. Pero llega un momento en el que crecimiento porcentual de la matrícula en Educación Especial empieza a ser mayor que el del Régimen General. Con el tiempo estas diferencias se hacen claramente significativas. No solamente esta diferencia porcentual y la presencia del alumnado del grupo minoritario se hace 'especial' a la educación especial, hemos visto que profundizando en el análisis estadístico encontramos también muchas diferencias atendiendo a territorios y a tipologías de centro.

Los territorios influyen en la presencia diferenciada en la matrícula de la educación especial de la población de nacionalidad extranjera. Ello podría explicarse por la desigual distribución de esta población a lo largo de todo el territorio del Estado. Pero las diferencias relativas hacen difícil acudir solo a esta explicación. Cada Comunidad Autónoma tiene competencias propias en materia de organización del sistema escolar y es en esta diferencia político-normativa donde debemos indagar en la búsqueda de explicaciones. Aunque no solo. No podemos ahora detenernos en mostrar como también se dan las diferencias entre territorios (provincias) dentro de una misma Comunidad. Es decir, las diferencias de políticas y de normativas pueden explicar las "distancias" observadas en la matrícula de esta población (quizá a partir de diferencias en los diagnósticos, pero no solo), pero debemos indagar en cómo esas políticas y esas normativas son interpretadas y ejecutadas en territorios más concretos, a escalas más detalladas, para ver como influyente en tales diferencias.

La tipología de centro en lo relativo a la titularidad de este (público *versus* privado) también nos han mostrado diferencias importantes. Los centros escolares públicos muestran un mayor porcentaje de matrícula de población del grupo minoritario. Si se trata de la matrícula de

Educación Especial ya hemos mostrado que este tipo de centros también tiene un porcentaje mayor en la matrícula de este tipo de población. Quizá esto era algo esperable a la vista de que la mayor matrícula de la población del grupo minoritario se da en los centros públicos. Ya hemos visto como los centros públicos en el conjunto del Estado español acogen casi a un 15% de población escolar del grupo minoritario en el Régimen General. Los centros privados no llegan a alcanzar el 8%.

Una combinación de ambas variables (territorio y tipo de titularidad del centro) muestra cómo las diferencias pueden hacerse más evidentes. Solo hemos indicado el caso de la Comunidad de Madrid, pero otros territorios muestran tendencias similares en la diferenciación. Algunos superan en mucho los porcentajes de la media del Estado, como es el caso de Madrid, y algunos se sitúan claramente por debajo de esa media. Debemos pensar que estamos en ambas situaciones ante una desproporcionalidad representativa, sobrerrepresentación de la población del grupo minoritario en la Educación Especial y de infrarrepresentación de esta misma población en la misma educación especial¹⁶.

De la misma forma, no solamente encontramos diferencias en el porcentaje de matrículas de alumnado de nacionalidad extranjera en la Educación Especial. Hemos podido identificar las disparidades que se dan en términos porcentuales entre el número de matrículas de varones y mujeres en la Educación Especial, donde además las diferencias porcentuales han aumentado en la última década. Asimismo, la identificación de las variaciones que existen en términos de tipología de discapacidad en los diferentes territorios del Estado español también nos indica la necesidad de indagar a nivel territorial.

Pese a que el análisis estadístico arroja luz sobre la situación de la educación especial en conjunto y la construcción de la diferencia,

¹⁶ No nos es posible extendernos ahora en analizar estos datos que aquí presentamos desagregándolos por nacionalidades concretas. Las fuentes oficiales utilizadas aquí lo permiten y ya nos hemos ocupado parcialmente de ello en otros trabajos (*Jet al.*, 2022). Baste decir que, por ejemplo, que la población de nacionalidad pakistaní tiene una representación de más del 1% en la EE en el curso 2019/20, la peruana del 0,77% y la marroquí del 0,70%. La población de nacionalidad española en la misma EE en las mismas fechas suponía el 0,46%. Las anteriores nacionalidades estaban claramente sobrerrepresentadas. Pero podemos hacer más consideraciones. La población de nacionalidad china en la EE en la misma fecha era del 0,35%, la británica del 0,33%, la italiana del 0,27 y la francesa del 0,25%. Estas últimas nacionalidades están claramente infrarrepresentadas en la EE. En todos estos datos se puede consultar la significatividad estadística de las diferencias a partir de estadístico Z-Score que se muestra en nuestros citados más arriba.

especialmente al centrarnos en la representación desproporcionada, no nos permite conocer el por qué se dan estas diferencias y cuáles son sus causas. Es por ello por lo que resulta imprescindible plantear y considerar la necesidad de conocer cómo se producen estas desigualdades profundizando y poniendo en diálogo los datos presentados con el ámbito político, escolar y sanitario.

En este ámbito de las políticas públicas, debemos ver cómo se están incorporando grupos minoritarios a contextos 'especiales' como la educación especial en relación con las medidas de integración e inclusión. En el contexto actual parecen apostar más por las Unidades que por los Centros de Educación Especial:

[...] que mientras las matriculaciones en centros de Educación Especial no han variado especialmente en los últimos 25 años (aumenta sólo en un 4,48%), el alumnado con necesidades educativas especiales escolarizado en unidades específicas incluidas en centros ordinarios ha crecido un 303,32%. Los resultados muestran que durante el periodo analizado la proporción de alumnado de Educación Especial ubicado en unidades específicas en centros ordinarios ha pasado de ser el 8,33% en el curso 1994/1995, a representar el 28,07% del alumnado de Educación Especial en 2019/2020. Este giro notable en el tipo de emplazamiento dentro de la Educación Especial (unidades frente a centro) se corresponde con la política educativa que en la actualidad apuesta por un modelo más inclusivo (Sandoval *et al.* 2022, 391)¹⁷

Y cómo afectan a esta apuesta por la inclusión las desproporciones del grupo minoritario que aquí hemos estudiado. La inclusividad en el sistema escolar debe pasar por visibilizar, describir y analizar las prácticas que contribuyen a la construcción de la diferencia a partir de la diversidad. Centrándonos en la representación desproporcionada en la Educación Especial, debe desligarse la idea de que cualquier tipo de hándicap es una condición natural. Además, también se deben mostrar los procesos culturales que llevan a la construcción de la diferencia.

En este caso hablamos de alumnado extranjero como grupo minoritario por ser la extranjería la variable que podemos manejar estadísticamente. No obstante, es fundamental acceder al terreno, a través de análisis etnográficos y de estudios de caso específicos para

¹⁷ En la dirección planteada en esta cita es bueno tener presente lo que nos recordó ya hace tiempo Girma Berhanu (2008) para el caso de Suecia. Nos decía que tras la introducción de la educación inclusiva, el alumnado etiquetado como de necesidades especiales aumentó drásticamente.

poder realizar un estudio sobre las significaciones e implicaciones de esta representación desproporcionada. Añadir otras variables en el estudio como la diversidad lingüística, la situación económica y el bagaje cultural de esta población escolar arrojará más luz de manera intersectorial a nuestro propósito de cómo se construyen las diferencias en la escuela.

Igualmente, el acercamiento a los procesos y los diagnósticos, desde el ámbito de la salud, con los que se incorpora a la población infantil y juvenil a la Educación Especial darán mucha luz a la investigación que planteamos. Es importante aclarar que la educación especial trabaja con las necesidades educativas especiales, pero no las define. Y en esa definición (diagnóstico) es fundamental ver cómo se gestiona la diversidad y se construye la diferencia para evitar una 'patologización' de la diferencia en la que pueda marcarse al grupo minoritario como 'discapacitado' o aún 'más especial'.

Reiterar que la representación desproporcionada en la matriculación de la población de nacionalidad extranjera en la educación especial continúa nutriendo los debates sobre la segregación y la inclusión. El aporte de estos trabajos contribuye a mostrar las situaciones en las que se encuentra esta población en los dispositivos existentes para atender las necesidades educativas especiales. La comprensión de este fenómeno permite valorar las consecuencias de la segregación escolar y entender que las categorías empleadas no resultan válidas por los escenarios de exclusión que se generan.

Para finalizar y en relación con las nuevas líneas de investigación, se ha concedido la financiación al proyecto I+D "Migraciones y construcción de la diferencia: Etnografías escolares para entender la desproporcionada presencia de población extranjera en la Educación Especial en España (MigraNEE)" en la convocatoria 2022 de «Proyectos de Generación de Conocimiento». Dentro del conocimiento científico generado en el proyecto, se podrán identificar prácticas y mecanismos de construcción de la diferencia a partir de la diversidad en la escuela. Se podrán extraer propuestas concretas, válidas y aplicables para la construcción de espacios escolares inclusivos, y, como consecuencia, una sociedad inclusiva. En esta línea se esperan tres contribuciones:

- Contribuir a desligar cualquier hándicap a una condición natural y mostrar como los procesos culturales contribuyen a la construcción de esas diferencias, encontramos dos líneas de investigación relevantes. Primero, en relación con el alumnado considerado 'inmigrante' en la escuela.
- Dejar de identificar a la población escolar por su procedencia nacional y reducir los procesos de xenofobia que se comienzan

a construir desde la infancia en el seno de la propia institución escolar, favoreciendo la inclusión social.

- Identificar y describir mecanismos de exclusión en el entorno escolar motivados por los procesos de etiquetaje en la gestión de la diversidad. Esto facilitará el diseño de estrategias educativas que eliminen tendencias del conjunto de escolares hacia la discriminación y la aceptación de la distintividad como expresión no jerarquizable de la diversidad.

Bibliografía

- Artiles, Alfrdedo J., Elisabeth Kozleski y Federico R. Waitoller, ed. 2011. *Inclusive education: Examining equity on five continents*. Cambridge: Harvard Education Press.
- Berhanu, Girma. 2008. «Ethnic minority pupils in Swedish schools: Some trends in over-representation of minority pupils in special educational programmes». *International Journal of Special Education* 23, n. 3: 17–29.
- Berhanu, Girma, y Alan Dyson. 2017. Special education in Europe, overrepresentation of minority students. En *Encyclopedia of Diversity in Education*, editado por James A. Banks, 2070-2073. Thousand Oaks: Sage.
- Brandenburg, Janin, Anne Fischbach, Andju S. Labuhn, Chantal S. Rietz, Johanna Schmid y Marcus Hasselhorn. 2016. «Overidentification of learning disorders among language-minority students: Implications for the standardization of school achievement tests». *Journal for Educational Research Online* 8, n. 1: 42–65. DOI: 10.25656/01:12029
- Bruce, Susan M. y Kavita Venkatesh. 2014. «Special education disproportionality in the United States, Germany, Kenya, and India». *Disability & Society* 29, n. 6: 908–21. DOI: 10.1080/09687599.2014.880330.
- Cama, Alessandra y Francisco J. García Castaño. 2017. «La sobrerrepresentación de escolares de nacionalidad extranjera en el grupo de alumnado con necesidades educativas especiales». En *Antropologías en Transformación: Sentidos, Compromisos y Utopías*, editado por María Teresa Vicente, Pepa García Hernandorena y Antonio Vizcaíno, 331–347. Valencia: Universitat de València.
- Chieppa, M^a Antonietta y Marta Sandoval. 2021. «La sobrerrepresentación de los estudiantes pertenecientes a minorías culturales y lingüísticas en itinerarios de educación especial: una revisión de la literatura en Europa». *Revista Educação Especial* 34, e67/1–25. DOI: 10.5902/1984686x67417
- Connor, David, Beth Ferri y Subini A. Annamma, eds. 2016. *DisCrit: Disability Studies and Critical Race Theory in Education*. Nueva York: Teachers College Press.

- Connor, David, Wendy Cavendish, Taucia Gonzalez y Patrick Jean-Pierre. 2019. «Is a bridge even possible over troubled waters? The field of special education negates the overrepresentation of minority students: A DisCrit analysis». *Race Ethnicity and Education* 22, n. 6: 723–45. DOI: 10.1080/13613324.2019.1599343
- Cooc, North y Elisheba W. Kiru. 2018. «Disproportionality in special education: a synthesis of international research and trends». *Journal of Special Education* 52, n. 3: 163–73. DOI: 10.1177/0022466918772300.
- Coutinho, Martha J., y Donald P. Oswald. 2000. «Disproportionate representation in special education: a synthesis and recommendations». *Journal of Child and Family Studies* 9, n. 2: 135-156. DOI: 10.1023/A:1009462820157
- Cruz, Rebecca A. y Janelle E. Rodl. 2018. «An integrative synthesis of literature on disproportionality in special education». *Journal of Special Education* 52, n. 1: 50–63. <https://doi.org/10.1177/0022466918758707>.
- Deno, Evelyn. 1970. «Special education as developmental capital revisited». *Exceptional Children* 1: 229–37. DOI: 10.1177/002246699402700402.
- Donovan, M. Suzanne y Christopher T. Cross, eds. 2002. *Minority Students in Special and Gifted Education*. Washington, DC: National Academy Press. DOI: 10.17226/10128
- Dunn, Lloyd M. 1968. «Special education for the mildly retarded - Is much of it justifiable?» *Exceptional Children* 35, n. 1: 5–22. DOI: 10.1177/001440296803500101.
- Gabel, Susan L., Svyetlana Curcic, Justin J.W. Powell, Khaled Khader y Lynn Albee. 2009. «Migration and ethnic group disproportionality in special education: An exploratory study». *Disability and Society* 24, n. 5: 625–39. DOI: 10.1080/09687590903011063.
- García Castaño, F. Javier y Silvia Carrasco Pons, eds. 2011. *Población inmigrante y escuela: conocimientos y saberes de la investigación*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- García Castaño, Francisco J., María Rubio y Ouafaa Bouachra. 2008. «Población inmigrante y escuela en España: un balance de investigación». *Revista de Educación* 345, 23-60.
- García Castaño, Francisco J. y Antonia Alcaraz, ed. 2012. *Segregaciones y construcción de la diferencia en la escuela*. Madrid: Trotta.
- García Castaño, Francisco J., María Rubio y Ouafaa Bouachra. 2015. Immigrant students at school in Spain: constructing a subject of study. *Dve Domovini. Two Homelands*, 41, 35-46.
- García Castaño, Francisco J. y María Rubio, eds. 2018. «Diversidad, escuela y construcción de la diferencia». *Gazeta de Antropología* 34.
- García Castaño, Francisco J., Gloria Calabresi y Marta Zornoza. 2022. «A sobrerrepresentação de estudantes de nacionalidade estrangeira na chamada “educação especial” na Espanha». En *Práticas e políticas inspiradoras e inovadoras com imigrantes*, editado por Elisete Diogo y Raquel Melo, 117-158. Lisboa: Edições Esgotadas.

- García Castaño, Francisco J., Cristina Goenechea y María Rubio. 2025. «Evidence of the disproportionate representation of foreign populations in special education in Spain: A critical statistical approach». *Two Homelands*. En prensa.
- Grünberger, Axelle, María Kyriazopoulou y Victoria Soriano. 2009. *Multiculturalidad y necesidades educativas especiales*. Odense: Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación del Alumnado con Necesidades Educativas Especiales.
- Gutiérrez-Saldivia, Ximena. 2018. «Desproporcionalidad de estudiantes de grupos minoritarios en la educación especial». *Espacios* 39, n. 4: 33.
- Jørgensen, Clara R., Graeme Dobson y Thomas Perry. 2020. «Migrant children with special educational needs in European schools. A review of current issues and approaches». *European Journal of Special Needs Education* 36, n. 3: 438-453. DOI: 10.1080/08856257.2020.1762988.
- Kramarczuk, Catherine, Edward Fergus y Kathleen A. King. 2017. «Pursuing equity: Disproportionality in special education and the reframing of technical solutions to address systemic inequities». *Review of Research in Education* 41, n. 1: 61–87. DOI: 10.3102/0091732X16686947.
- Morgan, Paul L., George Farkas, Marianne M. Hillemeier y Steve Maczuga. 2012. «Are minority children disproportionately represented in early intervention and early childhood special education?» *Educational Researcher* 41, n. 9: 339–351. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3624763/pdf/nihms412728.pdf>.
- Morgan, Paul L., George Farkas, Marianne M. Hillemeier, Richard Mattison, Steve Maczuga, Hui Li y Michael Cook. 2015. «Minorities are disproportionately underrepresented in special education: Longitudinal evidence across five disability conditions». *Educational Researcher* 44, n. 5: 278–292. DOI: 10.3102/0013189X15591157.Minorities.
- Morgan, Paul L. y George Farkas. 2016. «Evidence and implications of racial and ethnic disparities in emotional and behavioral disorders identification and treatment». *Behavioral Disorders* 41, n. 2: 122–31. DOI: 10.17988/0198-7429-41.2.122.
- Morgan, Paul L., George Farkas, Michael Cook, Natasha M. Strassfeld, Marianne M. Hillemeier, Wik Hung Pun y Deborah L. Schussler. 2016. «Are black children disproportionately overrepresented in special education? A best-evidence synthesis». *Exceptional Children* 83, n. 2: 1–18. DOI: 10.1177/0014402916664042
- Morgan, Paul L., George Farkas, Michael Cook, Natasha M. Strassfeld, Marianne M. Hillemeier, Wik Hung Pun, Yangyang Wang y Deborah L. Schussler. 2018. «Are Hispanic, Asian, native American, or language-minority children overrepresented in special education?» *Exceptional Children* 84, n. 3: 261–79. DOI: 10.1177/0014402917748303.
- Morgan, Paul L., Adrienne D. Woods, Yangyang Wang, Marianne M. Hillemeier, George Farkas y Cynthia Mitchell. 2020. «Are schools in the US South using special education to segregate students by race?». *Exceptional Children* 86, n. 3: 255–75. DOI: 10.1177/0014402919868486.

- Oswald, Donald P., Martha J. Coutinho, Al M. Best y Nirbhay N. Singh. 1999. «Ethnic representation in special education: The influence of school-related economic and demographic variables». *The Journal of Special Education* 32, n. 4: 194-206.
- Sandoval, Marta, María Álvarez-Rementería y Leire Darretxe. 2022. «Evolución de la escolarización del alumnado en Educación Especial en España: a 25 años de la Declaración de Salamanca». *Aula Abierta* 51, n. 4: 385-394. DOI:10.17811/rifie.51.4.2022.385-394
- Strand, Steve y Geoff Lindsay. 2009. «Evidence of ethnic disproportionality in special education in an English population». *Journal of Special Education* 43, n. 3: 174-190.
- Vouyoukas, Constantinos, Maria Tzouriadou, Eleni Anagnostopoulou, Lito Michalopoulou. 2017. «Representation of culturally and linguistically diverse students among students with learning disabilities: A Greek paradigm». *SAGE Open* 7, n. 1, en. DOI: 10.1177/2158244016686150
- Waitoller, Federico R., Alfredo J. Artilés y Douglas A. Cheney. 2010. «The miner's Canary: A review of overrepresentation research and explanations». *Journal of Special Education* 44, n. 1: 29-49. DOI: 10.1177/0022466908329226.
- Zouganeli, Anna y Konstantinos Mastrothanas. 2019. «Representation of immigrant students in special education: Evidence in Greece during 2003-2013». *European Journal of Special Education Research* 4, n. 2: 53-72.

La migración en tránsito y los límites del derecho a la salud: el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Migration in transit and the limits of the right to health: the case of the Basque Country

Alejandro Andino 

Universidad del País Vasco

alejandroandino3@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2388-2631>

<https://doi.org/10.18543/djhr.2784>

Fecha de recepción: 27.06.2023

Fecha de aceptación: 30.04.2024

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Cómo citar / Citation: Andino, Alejandro. 2024. «La migración en tránsito y los límites del derecho a la salud: el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 41-65. <https://doi.org/10.18543/djhr.2784>

Sumario: 1. La migración en tránsito, un fenómeno de realidad en Euskadi. 2. Metodología y objetivos. 3. Planteamiento y marco conceptual previo. 4. El derecho a la salud como derecho constitucional. 4.1. La plasmación local de un derecho universal. 4.2. Los aspectos competenciales del derecho a la salud en la Constitución. 4.3. El ámbito subjetivo del derecho a la salud: de la garantía al retroceso. 4.4. De la presunta garantía al vacío objetivo: los obstáculos formales a la atención sanitaria. 5. De la ley a la praxis: la actividad administrativa en Euskadi. 5.1. La realidad migrante en Euskadi en términos numéricos. 5.2. El Plan de Contingencia de migrantes en tránsito: luces y sombras. 5.3. Más allá del Plan de Contingencia: la práctica administrativa a nivel institucional. 5.3.1. La atención en Osakidetza. 5.3.2. Otras vías de acceso: de la potencialidad de los municipios a la sociedad civil. Conclusiones. Bibliografía

Resumen: Euskadi es uno de los puntos de más fácil acceso al territorio francés y a su vez al resto del continente. Esto, unido a la frontera existente entre España y el Magreb en las costas del sur peninsular, convierte a Euskadi en un punto de paso capital para llevar a cabo un proceso migratorio desde el norte de África hacia Europa. En un Estado social y democrático de derecho existen un mínimo común de derechos que se deben respetar. El derecho a la salud es uno de ellos, siendo el objeto de este trabajo determinar en qué términos legales se lleva a cabo esta protección, y cómo el mismo es

interpretado y ejecutado por las distintas Administraciones en relación a los migrantes en tránsito.

Palabras clave: migración, situación irregular, atención sanitaria

Abstract: Basque Country is one of the easiest points of access to the French territory and in turn to the rest of the continent. This, together with the existing border between Spain and the Maghreb on the south of the country, makes Basque Country a capital crossing point for carrying out a migratory process from North Africa to Europe. In a social and democratic state governed by the rule of law, there is a common minimum of rights that must be respected. The right to health care is one of these rights, and the purpose of this paper is to determine in which legal terms this protection is carried out, and how they are interpreted and executed by the different Administrations in relation to migrants in transit.

Keywords: migration, irregular situation, health care

1. La migración en tránsito, una realidad en Euskadi

Es viernes, tres de septiembre de 2021, e Ibrahim, tras un viaje de más de siete horas de pie en autobús por motivo de una herida que le imposibilita sentarse, llega al dispositivo de Hilanderas de Irún acompañado de personal del Irungo Harrera Sarea (IHS), solicitando que se le atienda sanitariamente y se le hospede. Su atención, sin embargo, es denegada por parte de Cruz Roja (organización gestora del dispositivo). Tras ser atendido y acompañado por el IHS, el día cuatro de septiembre Ibrahim es intervenido en el Hospital Comarcal de Irun de urgencia. Tras más de tres días ingresado y cuatro operaciones (dada la gravedad de su herida), Ibrahim es dado de alta con un tratamiento ambulante consistente en la limpieza con agua y jabón de la herida suturada de tres a cuatro veces al día. Además, la trabajadora social del Hospital Comarcal de Irun le informa de que en el dispositivo de Hilanderas se han comprometido a hacerse cargo de él durante el periodo postoperatorio que le ha sido pautado. Esa misma noche en Hilanderas le deniegan su entrada nuevamente por no cumplir los "requisitos de entrada", derivándole al centro Zubia-Servicios. Es, tras llegar allí, cuando habiendo pagado un taxi de su propio bolsillo, no le abren la puerta al encontrarse cerrado a la entrada de nuevos pacientes.

Tras pasar dos noches en la calle sin estar localizado y sin poder sentarse, finalmente Ibrahim es atendido en el centro de Zubia-Servicios, donde es encontrado de nuevo por los miembros del IHS. Es entonces cuando pone a los miembros del mismo al corriente de lo sucedido los dos días anteriores en los que ha tratado de continuar su viaje a Francia. De esta forma, les hace saber que tratando de cruzar la frontera había sido devuelto por la Gendarmería hasta en tres ocasiones sin ocuparse de su situación sanitaria, había tenido que pernoctar en la calle (siendo incluso atracado mientras intentaba dormir) y, finalmente, había sido detenido por la Policía Nacional y llevado de nuevo al Hospital Comarcal dada su situación sanitaria, desde donde, por fin, se le había derivado al centro Zubia-Servicios, consiguiendo esta vez entrar a pernoctar de forma efectiva.

Este suceso no es un caso aislado en la realidad. Euskadi cuenta con uno de los puntos de más fácil acceso a Francia desde España en la frontera con Biriattou, por lo que este recorrido es elegido diariamente por muchos migrantes para llevar a cabo su peregrinación desde África a otras partes de Europa. Durante esta etapa de tránsito se enfrentan a un gran cúmulo de adversidades, tanto fácticas como jurídicas que se relacionan directamente con su salud.

2. Metodología y objetivos

La elección de este colectivo tan concreto, por otra parte, no se corresponde con un capricho. La realidad jurídica, unida a la realidad fáctica de estos migrantes, hace de su concreta casuística el paradigma perfecto para comprender los límites que, aún hoy en día, llegan a aflorar en materia normativa para el acceso a una atención sanitaria gratuita en España. Este trabajo tiene como finalidad analizar la gestión del derecho a la salud de los migrantes que llegan a Euskadi en tránsito desde una perspectiva *iuspublicista*. Para ello, la metodología empleada pasa desde una revisión bibliográfica exhaustiva sobre el estado de la cuestión, a un trabajo de campo basado en la consulta a organismos públicos y agentes sociales. Con ello se pretende, por un lado, conocer las diferentes interpretaciones posibles a la normativa que regula la atención sanitaria y, por otro lado, conocer cómo opera la misma en la realidad, para finalmente encuadrar estos dos aspectos tratando de dar respuesta a la pregunta: ¿existe realmente un derecho universal a la atención sanitaria en Euskadi?

3. Planteamiento y marco conceptual previo

Antes de adentrarnos en el análisis de la normativa que regula el derecho a la atención sanitaria de los migrantes en tránsito, conviene llevar a cabo un acercamiento a qué es lo que exactamente engloba esta realidad, y en concreto, a qué situación jurídica determinada se va a hacer alusión en este escrito, ya que el propio término es muy dinámico. El principal problema a la hora de abordar esta cuestión sobre el marco conceptual y el objeto de este artículo radica en que, entre otras cosas (fruto en gran parte de la exclusión a la que este colectivo se ve sometido), no existe ninguna normativa que lleve a cabo una definición de qué es un migrante en tránsito, o en qué consiste este fenómeno de la migración en tránsito. Lo que sí que hace la normativa internacional es definir qué se entiende por "Estado de tránsito", describiendo el mismo como "cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual"¹. Esta definición resulta del todo insuficiente para determinar tan siquiera de

¹ Artículo 6 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990

forma indiciaria que supone el fenómeno de la migración en tránsito. Debido a este vacío legal, es necesario llevar a cabo una mirada a definiciones que, si bien no son estrictamente jurídicas, son útiles a la hora de comprender ante que nos encontramos.

La migración en tránsito, según De Haas (2008, 2), describe el fenómeno relativo a un movimiento de personas que entran en un territorio nacional, pudiendo permanecer en él semanas o meses, para pagar u organizar el siguiente paso en su viaje a su país de destino, en un periodo entre un día a un año. Esta definición, por correcta que sea desde una perspectiva puramente sociológica, resulta para un análisis socio-jurídico como el que se pretende realizar demasiado amplia, ya que englobaría dentro del marco normativo español un sinfín de realidades jurídicas que no van a ser objeto de estudio en este trabajo, tales como la realidad de los migrantes en tránsito en situación regular², o la de aquellos que, si bien carecían en un inicio de cualquier tipo de documento regulador (los popularmente conocidos como *sin papeles*)³, han adquirido por el transcurso del tiempo alguno como podría ser el certificado de empadronamiento en una entidad local; documento este de gran trascendencia en el Estado y en Euskadi para tener acceso a los servicios sociales básicos como posteriormente se analizará.

El motivo de exclusión de estos dos colectivos de migrantes en tránsito de este análisis deriva de que su realidad asistencial en términos sanitarios es, en un principio y salvando las distancias, muy similar a la del resto de los ciudadanos nacionales o de la UE, al menos en términos jurídicos. Por ende, hechas estas matizaciones, podemos definir el colectivo de migrantes en tránsito objeto de este estudio como aquel conformado por las personas no nacionales españolas ni de ningún estado de la UE que llegan a España (generalmente procedentes del Magreb) con la finalidad de llegar a un tercer estado de destino diferente, sin tener en ningún momento la documentación pertinente para llevar a cabo esta labor y sin que se les haya expedido por parte de las autoridades ningún documento que certifique su residencia continuada en el territorio.

² Entendiendo por esta situación la de aquella persona no nacional española ni ciudadana de la UE que entra en territorio nacional por los medios legalmente establecidos actualmente.

³ No son pocos los autores que se han detenido a analizar la problemática fundamental relativa a la definición de lo que es la migración en tránsito y los problemas que la misma plantea: ¿cuál es el horizonte temporal en tránsito? ¿cuándo se considera una situación de tránsito finalizada? *Vid.* Barbero y Blanco (2002).

4. El derecho a la salud como derecho constitucional

4.1. *La plasmación local de un derecho universal*

Dentro del contexto jurídico global, España ha ratificado y en su territorio se encuentran en vigor los grandes instrumentos jurídicos que amparan el conjunto de Derechos Humanos, así como su corolario de protocolos⁴. Tanto los instrumentos que mencionan el derecho a la salud de manera directa (v.g. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC⁵), como aquellos en los que la salud ha sido interpretada como una esfera del derecho a la vida superando la conocida como doctrina clásica (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-⁶, el Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH-, etc.), parecen entender este mismo derecho como de suma relevancia para el libre desarrollo de la personalidad. De esto deriva que los Estados firmantes de estos tratados se encuentren jurídicamente obligados a la protección y fomento del mismo (Sáenz de Santamaría 2016, 219). La Constitución Española (CE) declara en su artículo 43 que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. La forma tan amplia de la expresión y su ubicación sistemática en el texto constitucional han sido históricamente un punto de encuentro para la discusión y la disputa acerca del concreto ámbito objetivo y subjetivo del propio derecho. Esto se une a la necesidad de un desarrollo legal del mismo por su propia naturaleza, al enmarcarse dentro de los conocidos como principios rectores de la política social y económica (Cámara 2016, 38). Parte de la doctrina señala que, si bien el encuadre de este derecho evoca a una necesaria regulación legal posterior, la forma en la que está redactado el artículo 43.1 CE, a diferencia de otros preceptos, al referirse a los sujetos destinatarios del mismo, lo hace de manera indeterminada (“se reconoce”). De esta

⁴ Entre otros y para comprender el derecho a la salud entendemos fundamentales el PIDCP, el PIDESC, la CEDH o la CDFUE.

⁵ El considerando 34 de la Observación General n. 14 del PIDESC, en relación a los migrantes ilegales y el derecho a la salud establece que “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos (...) los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos”.

⁶ Tanto el Comité de Derechos Humanos (intérprete del PIDCP) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (intérprete del CEDH) han desarrollado de manera prolija el derecho a la salud como un derecho indisoluble al derecho a la vida y a la integridad física. A este respecto *Vid. Observación* n. 36 del Comité de Derechos Humanos.

forma, pareciera que la disposición constitucional pretendiese dotar a este derecho de la universalidad presente en los tratados internacionales de Derechos Humanos respecto a la protección sanitaria (Sobrino 2013, 151), amparando así a los migrantes en situación irregular (Estrada 2017, 272).

Esta interpretación no es baladí, al ser la única que de manera firme pareciera cumplir con los mandatos del PIDESC, del PIDCP y del CEDH, esto es, una visión universalista tanto desde el punto de vista subjetivo (a todo el mundo) como desde el punto de vista objetivo (el derecho a la salud en abstracto, en una clara *vis expansiva*), entendiendo el derecho a la salud, como el derecho al mejor estado de salud posible⁷.

4.2. *Los aspectos competenciales del derecho a la salud en la Constitución*

El desarrollo del derecho a la salud a nivel constitucional se complica partiendo del reparto competencial que desarrolla la propia CE, ya que declara como asumibles competencias en materia de sanidad e higiene por parte de las Comunidades Autónomas (CCAA) (art.148.1.21 CE), pero reservando para el Estado la sanidad exterior, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1. 16^a CE). Lejos de tratarse de meros tecnicismos, esta división competencial ha sido, y es aún, fruto de conflicto debido a las diferentes reacciones normativas llevadas a cabo por las CCAA en relación a los retrocesos en materia asistencial que vienen aconteciéndose en España desde el año 2012.

La imposición del límite entre qué forma parte de las bases generales de la sanidad y qué queda al margen (y por tanto bajo control autonómico) ha sido precisado por el Tribunal Constitucional. Huelga decir que ambas figuras (el Estado y las CCAA) cuentan con órganos facultados competencialmente para la elaboración legislativa. El Real Decreto- Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, (cuyo contenido y relevancia en lo que respecta a los migrantes en tránsito será

⁷ Tal y como señala el apartado 1 de la Observación General n. 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC).

posteriormente analizado) fue el detonante de un continuo reguero de jurisprudencia constitucional que resuelve para el caso que nos atañe gran parte de las sombras que hasta ahora se divisaban en torno a este precepto.

A este respecto, el Tribunal Constitucional (TC) viene estableciendo que dentro de las competencias legislativas de las CCAA cabría la posibilidad de alterar (con visos de mejora) el ámbito objetivo, pero no la posibilidad de modificar el ámbito subjetivo del derecho a la salud (Maldonado 2017, 315). Esta postura ha sido refrendada por el TC en reiteradas ocasiones, estableciendo que la normativa que regula el ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud tiene carácter formal y materialmente básico⁸. La realidad jurídica en lo que respecta a una mejora del ámbito subjetivo del derecho es bastante pacífica (a pesar de limitante) en los últimos tiempos dentro de la doctrina jurisprudencial del TC (una vez adoptadas estas SSTC). Lo mismo ocurre en relación al ámbito objetivo, que tal y como señala la STC 134/2017 es mejorable por parte de las CCAA, siempre que sea más favorable y se justifique debidamente.

La relevancia constitucional desde el punto de vista de preguntarse dónde quedan en esta aclaración los principios del Estado autonómico es realmente un asunto importante a abordar, si bien queda fuera de este análisis. Resulta a su vez llamativo que, en todas estas sentencias, el TC no haya entrado a interpretar el ámbito objetivo del derecho a la salud en ningún momento, ni haya realizado ningún juicio en lo que se refiere a la idoneidad y adecuación objetiva a la Constitución de lo que venía establecido en la norma que estaba siendo objeto de litigio (Martin i Alonso 2019, 120). Esta falta de desarrollo objetivo se hace más flagrante teniendo en cuenta los términos excluyentes de la norma, el mandato constitucional del artículo 10.2 CE y el contenido del derecho a la salud que ya habían interpretado las instancias internacionales de manera expansiva. Por ende, a la hora de referirnos a un ámbito concreto como el de los migrantes en tránsito, podemos afirmar que la norma que establezca el acceso o la negación del mismo a una atención sanitaria debe ser una norma legal de carácter estatal, siendo posible una mejora objetiva a la hora de prestarlo establecida por normativa autonómica.

⁸ v.g. SSTC 2/2018, de 11 de enero, 17/2018, de 22 de febrero y 18/2018, de 22 de febrero.

4.3. *El ámbito subjetivo del derecho a la salud: de la garantía al retroceso*

El panorama legal respecto del ámbito subjetivo al derecho a la atención sanitaria no ha sido pacífico, siendo oscilante entre una pretendida y presunta universalidad y una limitación del mismo en lo que respecta a ciertos colectivos como son los extranjeros que se encuentran en España (Cantero 2014, 120). Ahora bien, decir que la realidad de los migrantes en tránsito es la misma que la del resto de extranjeros que se encuentran en España sería muy optimista. Como ya se ha hecho alusión, los migrantes en tránsito responden a una realidad muy concreta; esta es, la de aquellos que encontrándose en España lo hacen de forma contraria a la ley, sin ningún tipo de documento acreditativo de residencia ni permiso de estancia temporal.

Históricamente, fruto del Real Decreto-Ley 16/2012, España pasaba de una continua expansión subjetiva del derecho a la atención sanitaria a una reducción considerable en este aspecto, volviendo al concepto de "asegurado" y de "beneficiario" de la Seguridad Social (por lo general estos segundos personas vinculadas a los primeros) para la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud con cargo a fondos públicos (Delgado 2019, 51). Esto es, el derecho a la atención sanitaria pasaba de vincularse a la simple condición humana, para pasar a ser titularidad de personas en situación regular en la Seguridad Social.

Esta dejaba sin efecto la normativa anterior, que venía a reconocer el derecho a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos de los migrantes en situación irregular, el cual ostentaban, en virtud del artículo 12 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx.) imperante hasta ese momento, siempre en situaciones de "urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa", y también para la atención primaria y secundaria cuando estuvieran empadronados en un municipio del territorio español. Este derecho estaba a su vez refrendado por el art. 6 de la misma Ley que reconocía el acceso de los extranjeros al empadronamiento en su domicilio habitual incluso en el caso en que carecieran de cualquier otro tipo de "papeles" (Arrese 2016, 231). Esto supuso una merma sistemática del acceso a la atención sanitaria pública de todos los extranjeros y, de manera más acentuada, para todos aquellos que carecieran de permisos y documentación de cualquier tipo, colectivo en el que entrarían los migrantes en tránsito.

Esta situación fue finalmente superada tras el cambio de gobierno por el Real Decreto-Ley 7/2018 que reformaba la Ley de Cohesión y

Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) y traía de nuevo visos de universalidad. En lo que respecta a la atención en supuestos no especiales, el artículo 3.ter LCCSNS establece que “las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1”. Ahora bien, deja esto supeditado a los requisitos de “no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia, y no existir un tercero obligado al pago”.

Como podemos ver, ya no existe la obligación de encontrarse empadronado en un municipio del territorio español como sucedía antes (Delgado 2019, 91). Ahora bien, veremos posteriormente cómo opera esto en la práctica, ya que el propio artículo en su apartado cuarto establece que “las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo⁹ que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo”. Y, tal y como cabía esperar, la respuesta de las distintas CCAA y su *modus operandi* a este respecto no ha sido para nada unísono. La problemática de esto reside, y después veremos en qué términos en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), en que muchas comunidades, al contrario de lo sucedido con la respuesta expansiva del ámbito subjetivo del derecho a la atención sanitaria tras el RD Ley 16/2012 (Arrese 2014, 219), lo han venido haciendo de manera restrictiva¹⁰.

Nada dice el artículo concreto sobre la necesidad de acreditar la residencia para entenderse vinculante el derecho a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos. Ahora bien, su remisión al artículo 3.1 de la LCCSNS en su tenor literal¹¹, y las recomendaciones llevadas a cabo

⁹ En Euskadi este documento es la TIS en sí misma, de forma definitiva o provisional (por una duración de 6 meses).

¹⁰ Tal y como denuncia Médicos del Mundo (2018), la mayoría de normativas autonómicas en vigor condicionan el acceso a la atención sanitaria normalizada a que la persona acredite estar empadronada.

¹¹ “Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”

por el Ministerio de Sanidad para la expedición del documento acreditativo de la titularidad de asistencia sanitaria pública parecen dar a entender que la voluntad del legislador era exigir efectivamente un periodo mínimo de tres meses de residencia en territorio español, certificado mediante un empadronamiento efectivo. Este hecho resulta por su trascendencia y oscuridad del todo debatido en la doctrina, habiendo parte de la misma que entiende el requisito de los tres meses como conforme al tenor legal (Gómez-Zamora 2018), y habiendo otra parte que entiende precisamente todo lo contrario (Pérez Gázquez 2020).

De dudosa calidad en la técnica legislativa resulta el inciso segundo del apartado 3 del artículo 3. ter arriba citado, el cual establece que:

en aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas.

Ahora bien, ¿qué supone ser un extranjero en situación de estancia temporal según la LO 4/2000? La Ley define las estancias como “la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días” (art. 30 LOEx.), situación para la que se requiere un visado específico (artículo 28 Reglamento de Extranjería), salvo en los casos en los que fruto de acuerdos internacionales no sea necesario.

¿Qué hace que esté mal ubicado el inciso segundo del apartado tercero del artículo 3.ter LCCSNS? Para empezar, las personas extranjeras que se encuentran en el territorio español en situación de estancia temporal lo están en situación regular, ya que han entrado en España con un visado de estancia por un máximo de 90 días pudiendo haber contratado una cobertura sanitaria o seguro médico determinados (Delgado 2019, 96). Por ende, precisar para cualquier caso de situación de estancia temporal la obligación de solicitar un informe de los servicios sociales, no parece del todo acertado. Esto genera que la existencia de este precepto no sea en absoluto pacífica.

La principal razón de esta controversia radica en la interpretación que varias CCAA han dado al mismo. Algunas de estas han introducido dentro de este término de “estancia temporal” a toda aquella persona que se encuentre en el territorio nacional por un periodo inferior a 90 días. Esta interpretación dada por ciertas CCAA ciertamente excluye del derecho a prestaciones sanitarias públicas a un gran número de

personas, entre los que por su naturaleza debemos incluir a los migrantes en tránsito. La doctrina mayoritaria se opone a la propia inclusión del colectivo de migrantes en tránsito dentro de este precepto, ya que el inciso segundo del apartado tercero del artículo 3 ter. señala que “será de aplicación a las personas extranjeras que se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000”. Al no encontrarse en esta situación al amparo de los trámites legales, esta parte de la doctrina entiende que nos encontramos simplemente ante personas que se encuentran en España *ab initio* con un estatus de extranjeros (para la aplicación concreta de este precepto) sin permiso de residencia (Delgado 2019, 96), siendo entonces aplicable el artículo 3 ter.1 LCCSNS en lugar del art. 3 ter. 3. II LCCSNS.

En las CCAA en las que se ha dado esta interpretación restrictiva incluyendo a cualquier extranjero sin permiso de estancia dentro de estos supuestos de estancia temporal, este informe puede entenderse como un medio para paliar una exclusión *de facto*, o, por el contrario, dependiendo de su empleo por parte de las instituciones, como un mecanismo perpetuador de dicha exclusión; pero de ninguna forma puede entenderse como una garantía suficiente para asegurar el derecho a una atención sanitaria con cargo a fondos públicos.

De esta redacción y las interpretaciones restrictivas que se han dado por los distintos Gobiernos (tanto central como autonómicos) se deriva a su vez otra cuestión controvertida: ¿qué ocurre jurídicamente en casos de extrema vulnerabilidad como son las urgencias hospitalarias? El artículo 3 ter. tras la reforma del Decreto-Ley 7/2018 ha suprimido toda referencia a la atención de urgencias, al igual que al trato de colectivos más vulnerables como son los menores y las mujeres embarazadas (Delgado 2019, 90). Esta mención parecería innecesaria si la interpretación del mismo artículo se hiciera de forma extensa. Sin embargo, teniendo en cuenta las limitaciones que las Administraciones están imponiendo, parecería acertado blindar legalmente la atención sanitaria en estas situaciones, sobre todo en urgencias, por no existir tan siquiera un reglamento que la ampare, a diferencia de los supuestos de menores y embarazo que se encuentran amparados de forma reglamentaria por el Real Decreto 1192/2012.

Nada de lo ya mencionado se opone por otra parte, a un artículo cuya redacción es de importancia capital como es el artículo 16 de la Ley 14/1986 General de Sanidad (LGS). Este artículo establece que “los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud (...) podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados”. La relevancia del mismo es evidente, ya que supone que

nadie puede quedar excluido de una asistencia sanitaria por parte de los servicios públicos de salud, si bien se reconoce la posibilidad de poder facturar dicha asistencia, si la normativa vigente así lo estipula.

La existencia de este precepto deja en evidencia las carencias existentes en algunos lugares en lo que respecta al respeto al derecho a la atención sanitaria en los que parte de las ONG involucradas denuncian omisiones flagrantes en gran cantidad de casos en los que los servicios públicos de salud se niegan a atender a personas no empadronadas o indocumentadas, cuando *de iure* no pueden¹².

4.4. *De la presunta garantía al vacío objetivo: los obstáculos formales a la atención sanitaria*

El gran escollo formal ante el que se suelen encontrar los migrantes en tránsito es la adquisición de la Tarjeta Individual Sanitaria (TIS), documento acreditativo de que la persona en cuestión tiene ese derecho a la atención sanitaria (artículo 57 LCCSNS). La TIS es el primer documento a mostrar que se exige en los centros de salud públicos para que la atención sanitaria gratuita sea prestada, por lo que, si no se porta, este trámite puede hacerse más aparatoso, y pueden llegar a requerirse otros documentos como el DNI o el pasaporte, no siendo ninguno garantía de que la persona vaya a ser atendida. Por su propia realidad, además, los migrantes en tránsito no suelen disponer de ninguno de estos documentos.

Lo cierto es que la normativa estatal que regula de manera específica este instrumento de la TIS (el Real Decreto 183/2004), establece que la competencia de las Administraciones sanitarias autonómicas para la emisión de la misma, así como el contenido prestacional a la que la misma da acceso estableciendo que “la tarjeta sanitaria individual emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competentes será válida en todo el Sistema Nacional de Salud”.

Del desconcierto derivado de esta división competencial, el propio Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social redactó una serie de recomendaciones para una aplicación de unos requisitos uniformes en la expedición de estos documentos TIS por parte de las CCAA¹³. En el

¹² *vid.* el Informe del colectivo Yo Sí Sanidad Universal (2019) en lo relativo a casos de desatención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Madrid.

¹³ Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se hacen públicas las “Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del

mismo se hace referencia nuevamente a la necesidad para la expedición de los mismos de acreditar una residencia de, al menos, noventa días en España (mencionando expresamente para ello el empadronamiento como medio de prueba). El contenido de esta resolución da a entender que desde el Estado se ha enmarcado a todas aquellas personas que no lleven más de 90 días en España como personas en situación de estancia temporal, o bien como personas sin permiso de residencia a las que se excluye del art. 3 ter.1 sin ningún otro motivo. Con esta recomendación (que se ha aplicado en la práctica totalidad de las CCAA) el propio Ministerio está negando a un gran número de personas, entre los que entendemos se encuentran los migrantes en tránsito, una atención sanitaria a la que por Ley e imperativo internacional debieran tener derecho, al corresponderles el estatus de personas extranjeras sin permiso ni autorización de residencia.

5. De la ley a la praxis: la actividad administrativa en Euskadi

5.1. *La realidad migrante en Euskadi en términos numéricos*

Una vez analizado el ámbito subjetivo del derecho a la salud en su marco normativo, es necesario entrar a analizar la cuestión desde una perspectiva de fondo en lo que respecta a la actividad administrativa y la forma que la misma adquiere en Euskadi. Recapitulando, por la CAPV transcurrieron durante el año 2020, un total de 3.447 personas migrantes en situación de tránsito¹⁴, que consten registradas (o al menos identificadas) por organizaciones de acción social. La realidad de los datos desprende a su vez que es la provincia de Gipuzkoa la más afectada por el tránsito de este colectivo, al tener una frontera con Francia en el río Bidasoa. Aquí se llegaron a atender a un total de 3.421 personas en el año 2020. Lejos de una tendencia a la baja, en 2021 se calcularon un total de 7.123 personas migrantes atendidas, más de un cien por cien más que el año anterior¹⁵, mientras que el año

documento certificativo que acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legar en territorio español, para recibir asistencia sanitaria". Véase: <https://yosisanidaduniversal.net/materiales/informes/informe-sobre-la-exclusion-sanitaria-un-ano-despues-del-rdl-7-2018>

¹⁴ Según el Informe 2020 de Atención Humanitaria – Atención en Grandes Ciudades a migrantes en tránsito elaborado por Cruz Roja - Gurutze Gorria País Vasco.

¹⁵ "Euskadi y la Comunidad de Iparralde reafirman su compromiso humanitario ante la crisis migratoria en la frontera y exigen a Europa "una acción fuerte y

2022, fueron 6.253 migrantes. En el contexto español, como hemos analizado en la normativa, la aplicación “ordinaria” de la atención sanitaria depende en gran cantidad de los casos de una residencia continuada que se acredita mediante el correspondiente empadronamiento dentro de un municipio, el cual, por lo general, no se expide hasta que hayan transcurrido tres meses de residencia en el mismo (Zarauz 2007, 212)¹⁶. Los migrantes irregulares en tránsito, no tienen intención de residir en el territorio, sino que simplemente se encuentran en él sin tan siquiera permiso de residencia o autorización de estancia, y sin ningún documento que acredite su circunstancia, lo cual los ubica *de iure* en una situación de aparente exclusión sanitaria.

Ahora bien, por relativa suerte, el Gobierno Vasco no ha hecho caso omiso a este fenómeno ideando para el trato y la atención social de este colectivo un Plan de Contingencia que data del año 2019 y que ha sido prorrogado anualmente hasta fecha de hoy (Gobierno Vasco 2019). Actualmente la aplicación del Plan se encuentra suspendida (fruto de una menor incidencia de migrantes en Euskadi y un mayor control de la situación), si bien en la práctica los criterios que desarrolla siguen siendo de aplicación. Este plan está en cierta forma coordinado con la estrategia estatal para hacer frente al mismo fenómeno, ya que ambos recurren de forma expresa a la colaboración de la misma entidad (Cruz Roja) para su puesta en práctica. Un análisis sesgado del sistema podría dar a entender en este punto que no existe más discusión: los migrantes en tránsito son atendidos sanitariamente por Cruz Roja. La realidad por desgracia no resulta tan alegre como esta premisa, y de la misma derivan situaciones a las que es necesario hacer mención.

5.2. *El Plan de Contingencia de migrantes en tránsito: luces y sombras*

A nivel objetivo, el Plan está pensado para que los migrantes en tránsito sean atendidos en distintos albergues ubicados en la CAPV de manera estratégica para una mayor eficacia de cara a su funcionamiento, siendo estos albergues el lugar donde se prestan todos los servicios inherentes al Plan. En lo que respecta a la salud y a

coordinada”, *Irekia* de 29 noviembre de 2021. Véase [Euskadi.eus/noticias/migrantes en tránsito](https://euskadi.eus/noticias/migrantes-en-transito).

¹⁶ Para los migrantes en tránsito que, por lo que fuera, terminaran “estando” durante más de tres meses en la CAPV les correspondería este trato, si bien como ya se ha dicho no es lo habitual.

la atención sanitaria, se dice en el mismo que será nada más llegar a los albergues cuando se lleve a cabo una revisión del estado de salud, y que cuando se requiera una atención especializada esta será otorgada por medio de Osakidetza de forma coordinada. No se desarrolla *stricto sensu* por otra parte “qué” se entiende por revisión del estado de salud. La situación de la que hemos sido puestos al corriente por medio de los diferentes agentes sociales da a entender que se trata de una primera toma de contacto con personal sanitario muy similar a una consulta de atención primaria, siendo así que de existir alguna patología extraña sería entonces cuando se derivaría a la persona afectada a un centro especializado. Además, el plan contempla la asistencia en lo relativo a otros servicios ofrecidos en los albergues, entre los cuales se incluyen los gastos de farmacia con prescripción médica, lo cual resulta de lo más llamativo y positivo, ya que la normativa de base no precisa ese acceso al copago farmacéutico.

El Plan de Contingencia del Gobierno Vasco tiene un alcance limitado. ¿Qué se pretende decir con esto? Si bien los migrantes en tránsito hacen de por sí un grupo cuantitativamente no muy extenso (en concreto, a los que nos referimos en este trabajo), lo cierto es que el Plan de Contingencia lo viene a acotar aún más. Es el propio Plan el que en su apartado 1.4 establece una serie de requisitos para que un migrante en tránsito se enmarque dentro de su ámbito subjetivo de aplicación. Entre otros requisitos, tal vez menos capitales, interesa aquí hacer hincapié en los siguientes:

- El servicio de Albergue ha estado dirigido a personas en tránsito procedentes de la llegada masiva a costas y con orden de devolución¹⁷.
- Para la admisión en el Albergue es necesario presentar la hoja de derivación que previamente se ha extendido en el momento de la acogida en la oficina de Cruz Roja.

De aquí se extraen dos conclusiones iniciales:

- Toda la atención sanitaria a los migrantes en tránsito es derivada a una sola organización de todas las que comportan el

¹⁷ A pesar de la redacción inicial del apartado 1.4 del Plan, el apartado 4.2.2 del mismo relativo a los “criterios de admisión en los albergues” hace alusión como requisito *sine qua non* el haber entrado de manera ilegal por las costas del sur de España, sin necesidad de contar en el momento de acogida (al parecer) con una orden de devolución ejecutable sobre su persona. En la práctica lo cierto es que este requisito de la orden de devolución no siempre se ha exigido para poder ser admitidos en los albergues.

círculo de las redes de acogida¹⁸, al menos de forma oficial y con subvención directa para este cometido.

- Por ende, y de un derivado lógico de la primera premisa, nos encontramos con que el resto de personas se encuentra en una situación de vulnerabilidad desamparada, siempre que no caigan dentro del espectro de Cruz Roja.

Esta situación se agrava, o así lo entienden parte de los colectivos implicados, si tenemos en cuenta el papel de Cruz Roja que ha interpretado que, al existir un Plan con expresa referencia a ella, toda atención de migrantes en tránsito recaía sobre su control, actuando de manera excluyente en relación a las redes (Aierbe 2020, 31). Este aspecto en cuanto a los criterios restrictivos empleados por el Gobierno Vasco, ya incluso antes del Plan, habían sido denunciados en las mesas interinstitucionales por los distintos colectivos y organizaciones afectadas¹⁹.

El propio Plan, por otra parte, incide y matiza que “no todas las personas migrantes que han pasado por Euskadi en tránsito hacia otro objetivo migratorio han querido pernoctar en los albergues creados”. Ahora bien, nada más se añade ni se determina acerca de este fenómeno, esto es, sobre qué sucede con la atención sanitaria a migrantes en tránsito que no se lleva a cabo de la mano de Cruz Roja en todo momento, ya sea por desconocimiento, o por motivos familiares que los lleven a pernoctar en otros lugares. La normativa ya analizada, dejando al margen el plan de contingencia, no invita al optimismo. Resulta del todo complicado en algunos supuestos poder imaginar cómo un migrante en tránsito, con las barreras culturales inherentes a su situación, pueda de forma no monitorizada ponerse en contacto con una ONG²⁰ para la obtención de la TIS en los escasos días que puede llegar a establecerse en la CAPV.

¹⁸ Entendemos como redes de acogida todos los conglomerados organizativos que tienen dentro de su objeto social el trato y la atención de acogida (en este caso temporal) de migrantes en tránsito en situación de vulnerabilidad.

¹⁹ Consideración tercera de la Resolución 2020 C-1388-18 del Ararteko, de 7 de enero de 2020, por la que concluye su actuación con relación a la llegada de personas migrantes en tránsito en el verano del año 2018. Véase <https://ararteko.eus/es/el-ararteko-concluye-su-actuacion-con-relacion-la-llegada-de-personas-migrantes-en-transito-en-el-verano-del-ano-2018>

²⁰ Condición *sine qua non* para la obtención de una TIS que le otorgue atención sanitaria *ex art.* 3. ter de la LCCSNS en base a lo regulado y solicitado para tal fin en la Comunidad Autónoma de Euskadi por Osakidetza.

5.3. *Más allá del Plan de Contingencia: la práctica administrativa a nivel institucional*

5.3.1. LA ATENCIÓN EN OSAKIDETZA

Fuera de lo que sería el Plan de Contingencia, la gestión por parte de Osakidetza y del Gobierno Vasco en relación a estos migrantes, lo cierto es que se ciñe prácticamente por entero al tenor literal de la LCCSNS. ¿Qué se pretende decir con esto? Simple y llanamente que, por norma general (salvo excepcionales casos), no existe garantía de que se vaya a atender a los miembros de este colectivo salvo que acudan con un informe de una ONG, tal y como establece la propia normativa, lo cual también ocurre en contadas ocasiones por lo ya argüido (si bien la tónica general es tendente a la prestación de dicha atención).

Dentro de la actividad administrativa, de facto, lo cierto es que tras la reforma del Decreto Ley 7/2018, Osakidetza y el Gobierno Vasco han llegado a realizar fuera del ámbito del Plan de Contingencia ciertas maniobras internas en aras de posibilitar una mejor gestión del fenómeno migratorio en tránsito dentro de los centros de la salud.

Entre otras, una de las decisiones más polémicas, y por lo que se ha podido conocer de gran empleo en la práctica, ha sido una circular interna del subdirector de Asistencia Sanitaria de cuestionable viabilidad jurídica. Si bien este documento ha circulado de prolífera manera entre los Centros de Salud de Osakidetza, la invalidez legal del mismo siempre ha sido denunciada por parte de los colectivos afectados. Dentro de la misma se dice que “las personas sin TIS (irregulares o sin papeles, en solicitud de asilo o refugiado, en situación de exclusión, en tramitación, etc.) deben ser atendidas en situaciones de urgencia, embarazo o sospecha de enfermedad infecto-contagiosa, en clara consonancia con la normativa legal española”. Se arguye para este último inciso (enfermedades infecto-contagiosas) la existencia de un riesgo para la salud pública, lo cual es cierto, además de acertado y garantista con el derecho a la salud de las personas migrantes afectadas. Se establece además que para el caso de los migrantes en tránsito, estos deben ser derivados por Cruz Roja para que se les preste la asistencia sanitaria, debiendo acudir acompañados por trabajadores de la misma entidad al Centro de Salud, PAC, o punto de Urgencia Hospitalaria más cercano (diciéndose expresamente que se les ha indicado a cuáles pueden ir, sin detallar en la circular a cuáles se refiere) en dependencia de la hora y gravedad de los síntomas. Además se indica que no se debe facturar la atención a estas personas siempre

y cuando vayan acompañadas por algún representante de ONG o asociación de ayuda, o cuenten con algún documento del Departamento de Salud (Dirección Aseguramiento) que les conceda derecho a asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Las propias redes han denunciado la invalidez de este documento que en su día llegó a divulgarse por distintos Centros de Salud de todo Euskadi (y que, tal y como afirman los representantes de las redes, aún incluso a día de hoy se divulga en algunos puntos de la CAPV). La incongruencia de este documento con la legalidad vigente es notable en parte, ya no solo desde el punto de vista formal (no parece procedente por manifiesta incompetencia que una circular dictada por una subdirección pueda moldear a su gusto el derecho de acceso a la salud de ningún colectivo), sino incluso entendiéndose competente por la forma en que lo hace (olvidando la mención a los menores, a la atención post-parto de las mujeres embarazadas...)²¹. La importancia y relevancia del propio tráfico de esta circular reside, además de en su propio contenido, en que no hace sino obviar la vaguedad normativa que a este respecto se lleva a cabo y que deriva en circulares caóticas como la ahora descrita. Estos hechos, por otra parte, no pueden hacer olvidar que esta circular amparaba de forma más extensa el derecho a una atención sanitaria que la normativa nacional, en virtud de las interpretaciones del art. 3. ter., estaba dando.

Dejando de lado esta circular, cuyo empleo fue a menos fruto de la flagrancia de su ilegalidad, conviene cuestionarse cómo se gestiona en estos momentos el fenómeno de los migrantes en tránsito por parte de Osakidetza. En la situación actual, la gestión deriva en una práctica “de hecho”, esto es, sin existir ningún documento normativo que la regule como tal, lo que conlleva una flagrante precariedad. Se sigue exigiendo como requisito *sine qua non* que, de requerir asistencia sanitaria, estos migrantes en tránsito (salvo en el caso de embarazadas, post-natales, y menores) acudan a cualquier tipo de centro (centro de salud, punto de atención continuada o urgencia hospitalaria) acompañadas de un representante de la ONG que les asista. Por otra parte, es la propia Osakidetza la que, en sus comunicaciones con las ONG implicadas, les ha precisado qué centros sanitarios son los más cercanos a los dispositivos en los que están albergadas las personas migrantes en tránsito y a cuáles de ellos deben dirigirse según la hora de que se trate y de la gravedad de los síntomas. De nuevo nada se precisa

²¹ Conviene recordar aquí la mención a la DA 8ª del RD 1192/2012 que ya les reconoce este derecho.

acerca de los posibles migrantes en tránsito que queden fuera del ámbito de los albergues y las ONG.

En los centros de Osakidetza, se les solicita a las personas migrantes en tránsito la documentación acreditativa que tengan en su poder, registrando a las mismas como "paciente escasamente identificado o localizable" (PEIL), no como "persona migrante en tránsito". En esta categoría PEIL, Osakidetza también da de alta a otras personas que no son migrantes. Por ende, si bien no quedan dentro del ámbito de este trabajo, existe otro gran número de personas cuya realidad no es relativa a la migración en tránsito, a la que la normativa afecta de forma similar a este colectivo.

Según fuentes oficiales, a estas personas registradas como PEIL se les presta toda la asistencia médica que precisan de forma gratuita, es decir, no se les factura la asistencia dispensada, siempre y cuando, como ya se ha mencionado, acudan al centro sanitario acompañados por un representante de ONG o asociación de ayuda. Si estas personas precisan farmacia, como no son poseedoras de una TIS, los centros de salud intentan dispensarles la medicación directamente en los propios centros o, si no, les emiten una receta blanca que, en la oficina de farmacia, es abonada por la ONG (aportación del 100%), de modo que a estas personas, la prestación de la asistencia les es totalmente gratuita. El único requisito que como tal se les exige a las ONG es estar inscritas en el registro de asociaciones de la CAPV. Fuera de la gratuidad, la versión oficial de las autoridades es que, en consonancia con el artículo 16 de la LGS y las políticas llevadas a cabo por el Gobierno Vasco, en la mayoría de los casos se atiende a todo el mundo a falta de documento que acredite el cargo a fondos públicos de la misma atención prestada, si bien existe la posibilidad de que sean emitidas facturas por dicha prestación.

Conviene hacer aquí alusión a un fenómeno que existe en la atención sanitaria a migrantes en tránsito irregular, y que parte de la doctrina ha achacado a una "resaca" normativa. Fruto del reconocimiento a la asistencia sanitaria gratuita para situaciones de urgencia del Real Decreto-Ley 16/2012, hoy día, más de tres años después de su derogación, esta sigue siendo la principal vía por la que estos migrantes son atendidos en Osakidetza (Pérez Urdiales 2021, 2). Este hecho hace que haya de prestarse una mayor atención a cómo se lleva a cabo la asistencia en los puntos de urgencia.

La realidad dentro de lo que podría llegar a ser (al no estar en normativa y expresamente establecido) no es del todo desoladora. Por norma general, lo cierto es que se pretende la atención a todo el mundo en urgencias hospitalarias; sin embargo, la atención a este tipo

de personas migrantes, al contrario que ocurre en otros supuestos, no se encuentra protocolizada de ninguna forma y nunca se ha llevado a cabo ningún tipo de instrucción al respecto por parte de las jefaturas de servicio. En lo que respecta a los fármacos, parte indisociable del ámbito objetivo del derecho a la salud, el problema es que fuera del espectro de Cruz Roja (cuyo Plan de Contingencia contempla la prestación de estos fármacos), al carecer de TIS, los migrantes en tránsito no tienen derecho a la prestación gratuita de los mismos de forma ambulatoria, lo que dificulta la prestación de estos cuando acuden por una patología que no requiera de ingreso sanitario. En caso de ingreso, los fármacos se dispensan en el propio hospital. Por otra parte, en lo que respecta a la relación entre Cruz Roja y Osakidetza a la que se hace mención en el Plan, la misma no se encuentra protocolizada y además la mayoría de los casos que van al hospital acuden mediante el sistema de transporte sanitario urgente, no facturando, como norma general, nada a día de hoy a estas personas.

5.3.2. OTRAS VÍAS DE ACCESO: DE LA POTENCIALIDAD DE LOS MUNICIPIOS A LA SOCIEDAD CIVIL

Por otra parte, la capacidad de actuación a este respecto por parte de los municipios es real y debe implementarse en virtud de la actuación de los servicios sociales. Los municipios tienen competencias y deben contar con un servicio social de base a este respecto²². La normativa establece, además, la posibilidad de actuar sin necesidad de acreditar un empadronamiento efectivo en cualquier municipio siempre y cuando se trate de supuestos en los que la persona en cuestión se halle en situación de total vulnerabilidad, como la de los migrantes en tránsito (Cubero 2022, 224). Por ende, la labor de los municipios en relación a la atención sanitaria de los migrantes en tránsito puede antojarse capital para paliar exclusiones existentes de facto de una manera cercana y operativa realmente.

De la escasez normativa y falta de garantías reales como hemos podido ver, lo cierto es que no en pocas ocasiones los migrantes en tránsito son finalmente tratados en los conocidos como Centros de Atención Socio Sanitaria a Inmigrantes (CASSIN), los cuales son gestionados y financiados enteramente por ONG y forman parte de los conocidos como centros de salud alternativos, no porque las prácticas médicas llevadas a cabo en ellas sean de las consideradas alternativas,

²² Art. 29.3 de la Ley de Servicios Sociales de la CAPV.

sino porque no forman parte de la red de servicios públicos (Perez Urdiales 2021, 14).

Conclusiones

La realidad de los migrantes en tránsito en relación a sus condiciones de salud es precaria. Esta realidad, nace de la propia naturaleza de los migrantes en tránsito, los cuales padecen barreras idiomáticas, económicas, y sociales; pero sobre todo, podríamos concluir que, a nivel jurídico, dicha precariedad tiene su origen en el sistema normativo que, desde el año 2012, ha venido regulando el derecho a la salud de manera laxa e imprecisa, excluyendo además de la atención sanitaria gratuita a determinadas personas, incluso en casos de especial vulnerabilidad como son los casos de urgencias y atención a menores y mujeres embarazadas. Esto se agrava analizando la normativa internacional aplicable en la materia (firmada y ratificada por España), y las interpretaciones jurisprudenciales de los instrumentos mismos que han dado los tribunales y las comisiones internacionales. Podemos concluir, casi sin ambages, que los mismos amparan el derecho y el deber de atender sanitariamente a este colectivo de migrantes en tránsito y abogan por un concepto universalista del derecho a la salud.

Ahora bien, el caso español, a este respecto, no parece en absoluto tan claro. Partiendo de la norma de referencia que determina el ámbito subjetivo del acceso a la atención sanitaria y de la forma en la que se ha venido aplicando, cabe decir que de las tres interpretaciones que cabrían darle, se han llevado a cabo las dos más restrictivas. Si bien la CE en su artículo 43 parece hacer una clara alusión a la universalidad del mismo derecho, lo cierto es que no podemos afirmar que tal previsión sea cumplida. Tan solo una interpretación capciosa del ordenamiento jurídico, con base fundamental en el artículo 16 LGS cabría para "defender" la existencia jurídica de un acceso universal al derecho a la salud. Una visión completa, y a juicio más correcta no da pie a entender que en España, y en relación concreta a los migrantes en tránsito, se ampare de forma legal su acceso a los sistemas públicos de salud. Como dijo el magistrado Valde-Ré, en su voto particular de la comentada STC 136/2016, no se puede disociar el derecho a la atención sanitaria de la gratuidad del mismo en casos en los que la realidad social de los afectados no permita otra alternativa para que esta atención sea prestada. El requisito casi insalvable del padrón, la incertidumbre en los casos en los que la persona no posee una TIS, así como las interpretaciones entendidas del artículo 3 ter. LCCSNS hacen que una

normativa potencialmente garantista, finalmente no lo resulte. Por otra parte, la vía de acción mediante los servicios sociales, si bien es útil y podría ayudar a salvar unas situaciones de exclusión *de facto*, no puede entenderse como solución final si partimos de una intención inclusiva.

Relativo a la actuación de la Administración a este respecto, las conclusiones que podemos extraer son diversas. Para empezar, es cierto que los poderes públicos no han hecho oídos sordos al fenómeno de la migración en tránsito. Ahora bien, dentro del margen de actuación otorgado por la normativa vigente en este momento, no se puede concluir que la llevada a cabo sea de alguna forma la más garantista en el espectro concreto de la salud. Reiterando la interpretación que por parte de las Administraciones se ha dado a la normativa, cabe decir que la decisión de externalizar por otra parte la atención sociosanitaria de estas personas en una concreta ONG (Cruz Roja) con cargo a fondos públicos para paliar su situación de desamparo no parece una medida tendente a la inclusión (Barbero 2022, 26), ya que más que enviar un mensaje de aceptación real, se está mandando un mensaje de segregación con este tipo de actuaciones (Bauman 2020, 60). Lejos de lo pretenciosa que esta afirmación pudiera parecer, se hace a raíz de la existencia real de mecanismos dentro del sistema de salud público (al menos en el caso del País Vasco) para llevar a cabo una atención integral y más correcta de los migrantes en tránsito (v.g. el sistema PEIL mencionado dentro de Osakidetza). Además, se está excluyendo así a toda persona que no entre dentro del ámbito de Cruz Roja a una atención sanitaria básica, matiz éste que como ya se ha mencionado han denunciado en muchas ocasiones los colectivos que forman las redes de acogida ya que Cruz Roja ha establecido internamente además una serie de criterios que éstas entienden restrictivos.

Lo cierto es que, si bien la administración de la salud a este colectivo de migrantes en Euskadi resulta mejorable en los términos expuestos, desde una perspectiva comparada no podemos hacer caso omiso a sus virtudes. Partiendo de la existencia de lagunas, la actividad administrativa podemos afirmar que es, dentro de su ámbito de actuación (y salvando la interpretación que se ha hecho de manera unitaria en toda España del art. 3 ter. LCCSNS), tendente a atender en la medida de lo posible a los migrantes en tránsito con problemas de salud a su paso por Euskadi. La existencia de casos de desatención por otra parte sigue sucediendo, en ocasiones dando lugar a situaciones tan dramáticas como la de Ibrahima descrita en la introducción de este trabajo. Es labor de los poderes públicos, tanto legislativos como ejecutivos, desde una perspectiva multinivel, mejorar los medios y

hacer frente a estos supuestos para que el número total de desatenciones sanitarias a este respecto se reduzca a cero.

Bibliografía

- Aierbe, Peio. 2020. «Euskadi, ¿tierra de acogida? Políticas institucionales y Redes de Acogida», *Cuaderno de Trabajo*, n. 70: 1-110. Acceso el 22 de mayo de 2024. <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2020/09/70-La-acogida-en-Euskadi-1.pdf>
- Arrese, María Nieves. 2016. «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria a personas migrantes en situación irregular», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 47-48: 210-243.
- Barbero, Iker. 2022. «La migración en tránsito: Un reto poliédrico para configurar una acogida digna. A modo de presentación» en *Tránsito de personas migrantes desde la perspectiva de los derechos y la acogida digna*, editado por Iker Barbero, 16-25. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Barbero, Iker y Cristina Blanco. 2022. «Migration in transit: A challenging concept for public and social policy». *Calitatea Vieții*, n. 33: 110-125. Acceso el 22 de mayo de 2024. <https://revistacalitateaivietii.ro/journal/article/view/2022-2-03/pdf>
- Bauman, Zygmunt. 2020. *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Barcelona: Paidós.
- Cámara, Gregorio. 2016. «El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española». En *Manual de Derecho Constitucional, Vol. II*, editado por Francisco Balaguer, 33-86. Madrid: Tecnos
- Cantero, Josefa. 2014. «Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas», *Derecho y salud*, n. 24: 108-132. Acceso el 22 de mayo de 2024. https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2014_b09_Ponencia_0.pdf
- Cubero, José I. 2022. «Migrantes en tránsito y asistencia social: problemática jurídica». En *Tránsito de personas migrantes desde la perspectiva de los derechos y la acogida digna*, editado por Iker Barbero, 213-239. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Delgado, Luis Esteban. 2019. *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Estrada, Dorothy. 2017. «Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho internacional y europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 9, n. 2: 255-277, doi: 10.20318/cdt.2017.3873
- Gobierno Vasco. 2019. Plan de Contingencia 2019 para la atención humanitaria a migrantes que llegan en tránsito a Euskadi. Acceso el 22 de

- mayo de 2024. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/documentos_paz_convivencia/es_def/adjuntos/plan%20contingencia%20cas.pdf
- Gómez-Zamora, Leopoldo. 2018. «Comentario al Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema nacional de salud», *Revista Gabilix*, n. 15: 281-331.
- Haas, Hein de. 2008. «Irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union: an overview of recent trends», *Migration Research Series*, n. 32: 1-72. Acceso el 22 de mayo de 2024. https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs-32_en.pdf
- Maldonado, Juan Antonio. 2017. «La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud (SSTC 134/2017, de 16 de noviembre; 140/2017, de 30 de noviembre)», *Foro, Nueva época*, n. 20: 305-315.
- Martín i Alonso, Gerard. 2019. «Tribunal Constitucional i tensions territorials: la doctrina constitucional durant l'any 2018», *Revista d'estudis autonòmics i federals* n. 29: 178-235. Doi: 10.2436/20.8080.01.37
- Médicos del Mundo (2018). *Informe REDER 2018. No dejar a nadie atrás. Es urgente garantizar la sanidad universal*. Acceso el 22 de Mayo 2024. https://issuu.com/medicosdelmundoespana/docs/reder_oct18_esp
- Pérez Gázquez, Isabel M^a. 2020. «La pretendida e inalcanzada universalidad de la asistencia sanitaria gratuita. Retos pendientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 232: 127-164.
- Pérez Urdiales, Iratxe. 2021. «Undocumented immigrants' and immigrant women access to healthcare services in the Basque Country (Spain)», *Global Health Action*, n. 14: 1-14. Doi: 10.1080/16549716.2021.1896659
- Sáenz de Santamaria, Paz Andrés. 2016. *Sistema de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas.
- Sobrino, Irene. 2013. «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 3: 127-158.
- UN Economic and Social Council, *Observación general N° 14*. 2000. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 Agosto 2000. Acceso el día de 22 de mayo de 2024. <https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/2000/es/36991>
- Yo sí Sanidad Universal. 2019. *Informe sobre la exclusión sanitaria a un año del RDL 7/2018 sobre "el acceso universal al Sistema Nacional de Salud"*. Acceso el 22 de mayo de 2024. <https://yosisanidaduniversal.net/materiales/informes/informe-sobre-la-exclusion-sanitaria-un-ano-despues-del-rdl-7-2018>
- Zarauz, José. 2007. *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*. Bilbao: Ararteko.

El tratamiento del extranjero migrante (*gēr*) en los códigos legales de la Torá. ¿Lecciones para hoy?

The treatment of the migrant alien (*gēr*) in the legal codes of the Torah. Lessons for today?

Juan Luis de León Azcárate 

Universidad de Deusto. España

jleon@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9574-1834>

Luzio Uriarte González 

Universidad de Deusto. España

luzio.uriarte@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0164-8656>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3096>

Fecha de recepción: 13.07.2023

Fecha de aceptación: 18.10.2023

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Cómo citar / Citation: León, Juan Luis de y Luzio Uriarte. 2024. «El tratamiento del extranjero migrante (*gēr*) en los códigos legales de la Torá. ¿Lecciones para hoy?». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 67-92. <https://doi.org/10.18543/djhr.3096>

Sumario: Introducción. 1. El *gēr* en el Código de la Alianza (Ex 20,22-23,19). 1.1. Identidad del *gēr*. 1.2. Protección jurídica del *gēr*. 1.3. Protección económica y social del *gēr*. 1.4. Incorporación religiosa del *gēr*. 2. El *gēr* en el Código Deuteronomico (Dt 12-26). 2.1. Identidad del *gēr*. 2.2. Protección jurídica del *gēr*. 2.3. Protección económica y social del *gēr*. 2.4. Incorporación religiosa del *gēr*. 3. El *gēr* en el Código de Santidad (Lv 17-26). 3.1. Identidad del *gēr*. 3.2. Protección jurídica del *gēr*. 3.3. Protección económica y social del *gēr*. 3.4. Incorporación religiosa del *gēr*. Reflexiones conclusivas. Referencias bibliográficas.

Resumen: Para millones de personas judías y cristianas la Biblia sigue siendo el texto fundacional que orienta sus vidas y su comportamiento social, incluido el relacionado con las personas migrantes y desplazadas. A diferencia de los códigos legales del Antiguo Oriente Próximo, en los que no se menciona a este tipo de personas, en la Torá se encuentran tres códigos legales (Código de la Alianza, Código Deuteronomico, Código de Santidad) que contienen

referencias explícitas a la figura del *gēr*, término hebreo que se aproxima bastante a lo que hoy se entiende por “inmigrante” o “refugiado”. Estos códigos, que datan entre los siglos VIII y V a. C. muestran una gran preocupación por las personas desplazadas en situación de vulnerabilidad. El artículo analiza cómo cada código intentó dar respuesta a la vulnerabilidad del *gēr*, justificándolo en la propia experiencia de Israel como pueblo desplazado y liberado por Yahvé, su Dios.

Palabras clave: Persona desplazada vulnerable, refugiado, inmigrante, *gēr*, Torá, código legal.

Abstract: For millions of Jewish and Christian people, the Bible remains the foundational text that guides their lives and social behavior, including that related to migrants and displaced persons. Unlike the legal codes of the Ancient Near East, in which there is no mention of this type of person, in the Torah there are three legal codes (Covenant Code, Deuteronomic Code, Holiness Code) that contain explicit references to the figure of the *gēr*, a Hebrew term that is quite close to what today is understood by “immigrant” or “refugee”. These codes, dating between the 8th and 5th centuries B.C. show a great concern for displaced persons in vulnerable situations. The article analyzes how each code attempted to respond to the vulnerability of the *gēr*, justifying it in Israel’s own experience as a displaced people liberated by Yahweh, their God.

Keywords: Vulnerable displaced person, refugee, immigrant, *gēr*, Torah, legal code.

Introducción

En el momento histórico que nos toca vivir, la inmigración supone un drama de inmensas proporciones y terribles consecuencias humanitarias. Según la Organización Mundial de las Migraciones (OIM, organismo de la ONU), el número actual de personas migrantes internacionales se sitúa por encima de los 281 millones (3,6% de la población mundial) y se está incrementando de año en año (McAuliffe y Triandafyllidou 2021). Estamos ante una de las emergencias más críticas de la humanidad. Los datos que se nos ofrecen son espeluznantes y transmiten la situación de una población sujeta a todo tipo de vejaciones y extremadamente vulnerable.

¿Cómo hacer frente a esta crisis de humanidad? Con frecuencia está muy presente el mito de una cierta versión de la modernidad occidental que pretende hacer creer que todo tendrá solución científico-técnica (Taylor 1994, 122). Pero no es solo un problema científico, técnico organizativo (aunque sean componentes necesarios para la realización de las soluciones), sino, sobre todo, un problema ético que genera dilemas muy complejos relacionados con la convivencia humana en un mundo globalizado (Küng 2000, 62).

Por otra parte, es un drama social y un dilema ético que ha acompañado a la humanidad desde sus orígenes. Las tradiciones religiosas contienen un gran tesoro para inspirar y orientar la reflexión ética (Habermas 2008, 26-27; Küng 2000, 112) y sus correspondientes consecuencias y decisiones sociales y políticas. La Biblia es el libro sagrado o texto fundacional para judíos (Biblia hebrea) y cristianos (Antiguo y Nuevo Testamento), y libro respetado por los musulmanes. Estas confesiones monoteístas representan más de la mitad de la humanidad. En este sentido, una de las partes más importantes de la Biblia hebrea, la Torá, muestra en sus códigos legales (Código de la Alianza, Código Deuteronomico y Código de Santidad) una importante preocupación por las personas desplazadas en situación de vulnerabilidad, en su gran mayoría de origen extranjero, a las que denomina preferentemente con la palabra hebrea *gēr*. Este artículo analiza cómo dichos códigos han tratado al *gēr* y su posible relevancia actual.

1. El *gēr* en el Código de la Alianza (Ex 20,22-23,19)

No es fácil datar con precisión las fechas de los distintos códigos legales de la Torá, pero parece que hay un relativo consenso en atribuir

al Código de la Alianza una mayor antigüedad, considerar al Código Deuteronomico una actualización posterior del mismo y entender el Código de Santidad, de tradición sacerdotal, como el más reciente. El Código de la Alianza refleja una sociedad sedentaria, agrícola y poco urbanizada (Houtman 2000, 78-98). La tendencia mayoritaria lo fecha en torno al siglo VIII a. C. (Albertz 1999, 340-344; García López 2014, 126; Schmid 2019, 127-130), incluso no mucho antes de la elaboración del Código Deuteronomico (Dt 12-26), del siglo VII a. C., a lo sumo una o dos generaciones anteriores (Wright 2014, 242-243).

1.1. *Identidad del gēr*

El sustantivo *gēr* es el término más utilizado en la Biblia hebrea para designar al forastero (92x) (Martin-Achard 1978, 588; Wuench 2014, 1142). Se trata de un extranjero que está viajando por una tierra o que ha tomado residencia en ella, que ha abandonado su patria debido a circunstancias políticas, económicas o por otros motivos, y busca protección (Martin-Achard 1978, 585; Wuench 2014, 1143; Zehnder 2018, 3; Varo 2020, 28). No tiene antecedentes familiares o tribales ni afiliación con aquellos entre quienes él o ella está viajando o viviendo (Spencer 1992, 103). En los textos bíblicos ocupa una posición intermedia entre el nativo (*'ezrāh*) y el extranjero (*nokrī*), este último visto como un invasor o alguien de paso que, por su posición económica al menos autosuficiente y por su veneración religiosa a otros dioses, puede amenazar el bienestar material y espiritual del pueblo de Israel (Ramírez 1999, 131; Wuench 2014, 1139-1142).

El *gēr* goza de una cierta protección legal, que, según circunstancias y códigos legales, le permite una mayor o menor integración social y religiosa dentro del pueblo de Israel. No es un esclavo sino una persona libre, pero no tiene las mismas oportunidades y derechos que la población autóctona (Houtman 1993, 316). Dentro del campo bíblico es el término más aproximado a lo que hoy llamaríamos un "inmigrante" (Awabdy 2014, 110-116; Lapidot 2019, 29) o persona desplazada en situación de vulnerabilidad o, simplemente, un "refugiado" (Knauth 2003, 27).

El *gēr* tiene cierta relevancia en las leyes sociales del Código de la Alianza, lo que parece indicar que el desplazamiento migratorio, interno o externo, ya era una realidad social importante en el momento de su redacción; probablemente se trataba de refugiados de guerra que huían de las invasiones asirias del último tercio del siglo VIII a. C., situación que se agravó con la campaña de Senaquerib del 701 contra

el rey Ezequías de Judá (Albertz 2011, 54; Glanville 2018b, 38-39; Grabbe 2007, 169-170; Na'aman 2008, 277).

Esto explica que en los Códigos de la Alianza y Deuteronomico el *gēr* sea mencionado exclusivamente en un contexto social y nunca en relación con la mayoría dominante, es decir, con el nativo (*'ezrāh*) o israelita, a diferencia del Código de Santidad (Rendtorff 2002, 84-85). En el Código de la Alianza el *gēr* aparece mencionado en cinco ocasiones (Ex 22,20 [2x]; 23,9 [2x].12), una de ellas referida al propio Israel (Ex 22,20). En estos casos se refiere a una persona desplazada y dependiente en su nuevo contexto. El *gēr* está asociado con la viuda y el huérfano (Ex 22, 20-23), pero sin conformar todavía una tríada como en el posterior Código Deuteronomico. El sentido apropiado de este término en el Código de la Alianza sería, mayoritariamente, el de un "extranjero residente", que vivía como cliente de un patrón israelita.

1.2. Protección jurídica del *gēr*

Aunque los principales corpus legislativos del antiguo Oriente Próximo muestran preocupación por el pobre, el huérfano y la viuda (Fensham 1962, Lohfink 1991), no contemplan a los extranjeros y personas desplazadas (Gowan 1987, 343; Lohfink 1991, 40; Ramírez 1999, 40; Varo 2018, 393; Walton 1990, 78). La preocupación por estas personas en situación de vulnerabilidad parece ser una particularidad del pueblo de Israel (Preuss 1996, 297), tal como se refleja en los códigos de la Torá.

En el código de la Alianza el *gēr* forma una inclusión que pone entre paréntesis un grupo de leyes concernientes a la protección de las personas vulnerables (Ex 22,20-23,9). La obligatoriedad de no maltratar al *gēr* (Ex 22,20) y no oprimirlo (Ex 23,9) abre y cierra esta sección. Esta doble prohibición a no explotarlo denota claramente su vulnerabilidad y necesidad de protección legal. Las tres referencias legales vinculadas al extranjero vienen acompañadas de cláusulas motivacionales: "No maltratarás al *gēr*; ni lo oprimirás, pues *gērîm* fuisteis vosotros en el país de Egipto" (Ex 22,20; 23,9). Este uso metafórico del término, que se acentuó tras la deportación babilónica (587-538 a. C.), jugó un papel fundamental en la autocomprensión de Israel. El recuerdo del tiempo de esclavitud vivido en Egipto sirvió a los israelitas para empatizar con los forasteros y procurar tratarlos bien. El pueblo de Israel debe recordar que fue *gēr* en Egipto y que Dios lo liberó y lo hizo un pueblo libre en su propia tierra, y consecuentemente imitar la compasión que Dios tuvo con él (Ex 22,20).

El *gēr* está protegido en procedimientos judiciales en caso de disputa legal (Ex 23,9). Las leyes de tipo procesal contempladas en Ex 23,1-3.6-8 urgen a la imparcialidad por parte de los jueces y de los testigos, tratando de evitar presiones, favoritismos o sobornos. Estas leyes están sustentadas en última instancia en Yahvé, el juez supremo que no absolverá al malvado (Ex 22,22; 23,9).

1.3. *Protección económica y social del gēr*

La ley del sábado dignifica al *gēr* permitiéndole el descanso del trabajo junto con el resto de miembros de la casa (Ex 23,12; cf. Ex 20,10). Esta normativa presupone que los *gērím* residían con los israelitas, y los sitúa al mismo nivel que otras personas dependientes, como el hijo de la esclava. En este caso, el *gēr* podría haber sido un no israelita, pero también quizás un israelita de otra tribu. Así, por ejemplo, el levita de Belén que está buscando trabajo y acaba residiendo como forastero (*gēr*) en Efraín trabajando para Micá (Jue 17,7-13). Sin embargo, más allá de la prohibición de oprimirlos, este código no incluye medidas legislativas que provean por los grupos socioeconómicamente vulnerables, ni tampoco se percibe todavía una inclusión protectora social y religiosa del *gēr* dentro del hogar y del pueblo. Probablemente, en el siglo VIII a. C. su número no fue muy abundante en el reino de Judá, razón por la que no se hizo necesario un mayor desarrollo normativo en relación a su figura. Esto cambiará en el contexto de los Códigos Deuteronomico y de Santidad.

1.4. *Incorporación religiosa del gēr*

En el Código de la Alianza no hay invitaciones explícitas al *gēr* a participar de las fiestas religiosas de Israel (Ex 23,14-19). Sin embargo, aunque fuera del marco estricto del código, en el libro del Éxodo se permite que participe de la Pascua si está circuncidado (Ex 12,48). La circuncisión es un elemento religioso distintivo; constituye un signo de incorporación y de pertenencia a la comunidad de Israel, que profesa su fe en Yahvé, el Dios liberador. Esta cita del Éxodo, de tradición sacerdotal postexilica, es contemporánea del relato, también sacerdotal, de Gn 17 que describe la alianza que Dios establece con Abrahán, cuya señal de pertenencia al pueblo de Israel es la circuncisión (Gn 17,12). Quedan excluidos de la Pascua el *tōšāb* y el *skr* (Ex 12,45), ambos

extranjeros sirvientes o jornaleros incircuncisos (Houtman 1996, 207). El *tōšāb* únicamente aparece en textos sacerdotales tardíos (Achenbach 2011, 46; Pitkänen 2017, 141), como el Código de Santidad del que se hablará más adelante. Sin embargo, la inclusión del *gēr* no significa necesariamente su plena inclusión en la comunidad cúltica, dado que la Pascua es claramente un ritual doméstico, privado, tal como muestra Ex 12,43-49 (Nihan 2011, 115-116).

En ningún caso se trata de obligar a que el *gēr* participe de la Pascua. La iniciativa de participar parte de éste, que lo hace a voluntad, y la exigencia de la circuncisión es la condición de acceso. En este sentido, la circuncisión no es solo un ritual de disociación por el cual los descendientes de Abrahán se distinguen de las naciones extranjeras (Gn 17), sino también el requisito mínimo para la integración de las personas extranjeras a la comunidad (Wöhrlé 2011, 84). La circuncisión podría funcionar tanto para ser inclusiva como para preservar la identidad de la comunidad, pero sin perder los límites o fronteras entre los "ciudadanos" y los "extranjeros residentes", y sin ejercer coerción sobre estos últimos (Marzouk 2022, 157).

2. El *gēr* en el Código Deuteronomico (Dt 12-26)

El Código Deuteronomico (Dt 12-26), o su versión más primitiva, probablemente está relacionado con el "rollo de la Ley" que encontró el rey Josías de Judá hacia el 622 a. C., a partir del cual realizó su reforma religiosa (cf. 2 Re 22-23). Se trata de una actualización del Código de la Alianza (Glanville 2018b, 39). El Deuteronomio utiliza el término "hermanos" para referirse a los miembros de la comunidad de Israel (Dt 10,9; 15,2; 22,1-4), lo que denota un *ethos* de solidaridad que se puede explicar teológicamente a partir de la distinción que el Deuteronomio establece entre Dios y el pueblo en la teología de la Alianza, e históricamente, mediante el flujo a Judá de refugiados del reino del Norte en los siglos VIII y VII a.C. (Schmid 2019, 133), así como también de los desplazamientos provocados por la invasión de Senaquerib a Judá el 701 a. C. (Glanville 2021, 549). En este sentido, una inscripción hebrea en un óstracón hallado en una fortaleza del siglo VII a. C. en Mesad Hashavyahu, al sur de la actual Tel Aviv, muestra una reivindicación de derechos y justicia por parte de un trabajador judaíta al comandante de la guarnición, lo que atestigua una cierta conciencia de derechos individuales, quizá promovida por el Deuteronomio (Finkelstein y Silberman 2003, 314-315). Esto explica que el Código Deuteronomico contenga una gran sección dedicada a

la vida social del pueblo (Dt 19-25) y se formulen leyes en defensa de los pobres, entre los cuales las personas desplazadas ocupan un lugar preeminente.

En los Códigos de la Alianza y Deuteronomio se alude a la experiencia vivida en Egipto, pero, en lugar de describir a los israelitas como *gērīm* en Egipto, el Código Deuteronomio prefiere describirlos como esclavos (Dt 5,15; 16,12; 24,18.22). Esta experiencia pasada en Egipto se convierte en referente motivacional para alentar a identificarse y ser solidario con el *gēr*, así como con la viuda y el huérfano. Se trata de una nueva re-categorización. Pese a que Israel ha establecido una alianza exclusiva con Yahvé, puede correr el peligro de caer en la esclavitud. La conciencia de la fragilidad de la propia situación sirve para re-categorizar al israelita como parte del grupo de los vulnerables (esclavos, extranjeros, viudas, huérfanos...) y despertar así la solidaridad con estos (Ruíz 2018, 45).

En esta línea, pueden compartirse de algún modo las palabras de Jeremy Rifkin, al afirmar, en relación a las normas de la Torá protectoras del extranjero, que “en la raíz de la psique judía se encuentra el reconocimiento de las penalidades y la opresión del ser humano, y de la necesidad de trascender el odio y convivir en un clima de fraternidad.” (Rifkin 2010, 210).

2.1. *Identidad del gēr*

El término *gēr* en el Deuteronomio designa una persona vulnerable que es de fuera del núcleo familiar. Es un término legal que se refiere a las personas que han sido desplazadas de su antiguo grupo de parentesco y patrimonio, quedando así desprotegidas, y que buscan sustento en un nuevo contexto (Glanville 2018b, 267; Marzouk 2022, 153). Pueden ser extranjeros, pero también israelitas o judaítas desplazados dentro del propio país. El término *gēr* aparece en veintidós ocasiones en el libro del Deuteronomio, trece de ellas en el Código Deuteronomio (Dt 14,21.29; 16,11.14; 23,8; 24,14.17.19.20.21; 26,11.12.13). En la mayoría de estas últimas el *gēr* aparece inserto en una tríada junto con el huérfano y la viuda (Dt 14,29; 16,11.14; 24,17.19.20.21; 26,12.13), novedad propia de este código (Awabdy 2014, 30-31; Ramírez 1999, 131; Glanville 2018b, 77). La inclusión de la viuda y el huérfano en estas leyes puede ser explicada en relación con la creciente urbanización de Israel durante el siglo VIII a. C. Antiguamente, la provisión para las necesidades de las viudas y los huérfanos era un asunto de familia, por lo que no había

necesidad de medidas legales para proveer para ellos. Tales medidas se hicieron necesarias sólo cuando las viejas formas de solidaridad fueron sustituidas por el individualismo, y los huérfanos y las viudas perdieron el sostén natural de sus familias. La denuncia del maltrato a esta triada aparecerá en diversos profetas del siglo VI a. C. (Jr 22,3; Ez 22,7) e incluso en tiempos posteriores (Zac 7,8-11; Mal 3,5; Sal 94,6; 146,9), lo que indica que su situación de vulnerabilidad se prolongó en el tiempo.

La invasión y conquista asiria de los reinos de Aram (Damasco, la capital, fue conquistada el 734 a. C.) y de Israel (cuya capital, Samaría, cayó el 722 a. C.), forzaron una masiva migración de fugitivos que huyeron en dirección al reino de Judá y a su capital, Jerusalén. El territorio de lo que fue el reino de Israel quedó devastado en su mayor parte y el imperio asirio no invirtió en su reconstrucción (Itach 2018). Con bastante probabilidad, el término *gēr* en el Deuteronomio aludía también a estas personas desplazadas (Ramírez 1999, 44-45; 115; Langner 2013, 90). La arqueología muestra que la población total del reino de Judá pudo duplicarse e incluso triplicarse (Finkelstein 2013, 154-155), lo que provocaría serios problemas de convivencia entre los nativos y los forasteros residentes.

Parece que el *gēr* de finales del siglo VII y comienzos del VI a. C., al menos en muchos casos, ya no era un cliente de un patrón, pero vivía en un asentamiento donde probablemente trabajaba para diferentes familias judías (Albertz 2011, 56). Un jornalero es un trabajador de situación inestable y se encontraba entre los más pobres de la sociedad del antiguo Oriente Próximo (Radner 2015). El Código Deuteronomico exhorta a no explotar al jornalero (*skr*), sea israelita ("hermano") o *gēr* (Dt 24,14), y a que su jornal se pague diariamente (Dt 24,15). Esto muestra que la situación social de los *gērîm* en el período monárquico tardío se volvió aún peor que en la época del Código de la Alianza.

En el contexto de estas circunstancias, la traducción "extranjero residente", quizá apropiada en el contexto del Código de la Alianza, no parece la más adecuada para traducir el término *gēr* en el Deuteronomio. Aquí no se trata únicamente de una persona residente en un nuevo contexto, sino también dependiente en ese contexto (Glanville 2018b, 97). Una dependencia visible en las tareas que realiza en el hogar y asentamiento (Dt 5,14; 24,14), en su inclusión en la mencionada triada con el huérfano y la viuda, así como en las disposiciones para su sustento (Dt 14,28-29; 26,12-15). Se trata de alguien dependiente, sin tierra y perteneciente al estrato más bajo de la escala social (Na'aman 2008, 258). De aquí que se opte por la traducción "forastero dependiente" ("dependent stranger") (Glanville

2018a, 602; Glanville 2018b, 98). Sería alguien, hombre o mujer, que ha abandonado sus lazos de parentesco, pueblo y tierra, y habita dentro de una comunidad con la que no tiene relaciones de sangre ni patrimonio. Está en un limbo social, es libre y no esclavo, pero carece de tierra y de relaciones significativas, lo que le hace vulnerable ante las injusticias.

2.2. *Protección jurídica del gēr*

El Código Deuteronómico ofrece un mayor desarrollo “legislativo” referido al *gēr* que el Código de la Alianza, dada su cada vez mayor situación precaria. En el Deuteronomio es mencionado en cuatro ocasiones relativas a procesos legales (Dt 1,16-17; 10,17-19; 24,17a; 27,19), dos de ellas fuera del Código Deuteronómico. En su conjunto, estas normas requieren que el *gēr* reciba una audiencia y un juicio sin prejuicios pese a su carencia de tierras y a su falta de buenos contactos o de una red de parentesco fuerte. Las personas desplazadas carecían de defensores influyentes y podían ser ignoradas en sus demandas. Sin embargo, el Deuteronomio exige al juez no hacer acepción de personas a favor de nadie, sea un israelita o un *gēr* (Dt 1,16-17), y dicta medidas contra la corrupción judicial (Dt 16,18-20).

El fundamento de esta normativa es el propio Yahvé “que hace justicia al huérfano y a la viuda, que ama al *gēr* y le da pan y vestido” (Dt 10,18), de modo que todo juez debe imitar su justicia (Dt 16,18-20). Se describe a Yahvé como un Dios justo y solidario, siempre a favor de los más desfavorecidos, tipificados en la tríada formada por el huérfano, la viuda y el *gēr*. Yahvé ama a Israel y ama al *gēr*, e Israel debe amar al *gēr*. Esta exigencia se justifica en el recuerdo de que los israelitas también fueron forasteros en Egipto (Dt 10,19). Los derechos judiciales del *gēr* están protegidos no sólo en estipulaciones, sino también mediante una fórmula de maldición perteneciente a la ceremonia de renovación de la alianza celebrada en Siquén: “Maldito quien tuerza el derecho del *gēr*, del huérfano o de la viuda. Y todo el pueblo dirá: Amén” (Dt 27,19; cf. Ex 22,20). Una de las imprecaciones con las que se amenaza a Israel en caso de incumplimiento del Código Deuteronómico consiste en que el *gēr* prosperará a costa del israelita que se hundirá (Dt 28,43). Estas leyes en ocasiones exigían que los ancianos y los jueces decidieran un caso contra sus propios parientes. Esto debió tener implicaciones para la estructura social del antiguo Israel porque, mientras que los códigos legales generalmente tenían la función de estabilizar las relaciones entre clases (Weinfeld 1991, 64),

los derechos judiciales que otorga el Deuteronomio posibilitaban al *gēr* adquirir una relativa subsistencia autosuficiente al margen de los lazos de parentesco y de sus relaciones.

Si bien no está vinculado directamente con ninguno de los códigos de la Torá, un óstracon de Khirbet Qeiyafa, encontrado en la Sefelá, escrito en paleo-hebreo en torno a los siglos XI-X a.C., apunta a la necesidad de jueces que no opriman a los débiles, entre los que estarían el *gēr*, el huérfano y la viuda (Body 2014, 196-197). Todo esto hace difícil la interpretación de que, en última instancia, estas normas sólo servían para mantener el statu quo del *gēr* al servicio de las clases superiores que no son cuestionadas (Sneed 1999).

2.3. *Protección económica y social del gēr*

Las leyes se preocupan por garantizar que el *gēr* disfrute también del fruto de la tierra, dado que se establece que es copartícipe del don de la tierra y de su abundancia. Las leyes sociales de Deuteronomio pretenden proteger a las poblaciones vulnerables contra la explotación, esencialmente restringiendo la capacidad de un acreedor de acumular trabajadores contratados y esclavos. Estas leyes se caracterizan por apoyarse en dos tipos de cláusulas motivacionales: la bendición de Yahvé de la producción agrícola (Dt 15,4.6.10; 24,13.19) y el motivo de la liberación de Egipto (Dt 15,15; 23,5; 24,22). Destacan dos normas de protección social: la “ley del asalariado o de contratación” (Dt 24,14-15) y la “ley del espiguelo” (Dt 24, 19-22). La relativa al asalariado prohíbe la explotación del jornalero “humilde” (*‘anî*; se refiere a quien no tiene fortuna o bienes patrimoniales) y pobre, sea israelita o *gēr*, y exige el pago puntual de su salario diario. La inclusión en esta norma del *gēr* supone un rasgo solidario característico del Deuteronomio, pues el Código de Santidad, que incluye una ley semejante, lo omite (cf. Lv 19,13). La frase “ya sea uno de tus hermanos o un *gēr* que reside en tu tierra” (Dt 24,15), implícitamente incluye a este último dentro de la ética de hermandad del Deuteronomio (Glanville 2018a, 607). Por su parte, las leyes sobre el espiguelo (Dt 24,19-22) insisten en que la cosecha debe ser compartida por toda la comunidad, incluido el *gēr*. Son solidarias con la tríada mencionada de personas vulnerables, quienes no solían ser poseedoras de tierra alguna. Se pretende refrenar la codicia de los propietarios, a los que se intenta convencer de que esta ley no atenta contra su prosperidad económica, sino que más bien supone una bendición

divina (Dt 24,19; cf. Dt 14,29; 15,4.10.18; 23,21). Se justifica este mandato en el recuerdo de que Israel fue esclavo en el país de Egipto (Dt 24,22). Una manera sutil de decir que si Israel olvida su pasado acabará olvidando a sus miembros vulnerables.

En Dt 23,16-17 se protege al esclavo o siervo huido que busca refugio en cualquier ciudad de Israel. Este caso podría referirse a un extranjero propiedad de un amo también extranjero, dado que al fugado se le permite quedarse “entre los tuyos” (Dt 23,17), en el lugar donde elija (Craigie 1981, 300-301; Nelson 2004, 280; Tsai 2014, 63-64). No podrá ser oprimido, es decir, explotado económicamente o reducido a esclavitud, y deberá ser tratado de modo similar a como debe serlo el *gēr* (cf. Ex 22,20; Lv 19,33; Dt 10,18-19). Se trata de una legislación altamente humanitaria comparada con la del antiguo Oriente Próximo, cuyos códigos legales y tratados internacionales contemplaban la extradición de los fugitivos e incluso la pena de muerte para los que no los devolvían a sus amos (cf. Código de Hammurabi 16-20).

El Deuteronomio, como también hiciera el antiguo Código de la Alianza (Ex 23,12), incluye al *gēr* en la observancia del sábado (Dt 5,12-15), lo que interrumpe la distinción de clase entre el extraño y la familia terrateniente. Esta normativa, de algún modo, incluye al *gēr* como participante en la comunidad de Israel al identificarlo como beneficiario de los dones de la tierra y como partícipe en el “descanso” laboral. El Deuteronomio, enfatizando el matiz social, lo justifica en el recuerdo de la esclavitud y posterior liberación de Egipto (Dt 5,15), a diferencia del Código de la Alianza, que se ampara en el descanso divino tras la creación (Gn 1).

Otra norma de índole social la ofrece Dt 14,21: “No comeréis ninguna bestia muerta. Se la darás al forastero (*gēr*) que vive en tus ciudades para que él la coma, o bien véndesela a un extranjero (*nokrî*). Porque tú eres un pueblo consagrado a Yahvé tu Dios”. Se prohíbe comer de cualquier animal muerto en condiciones naturales, es decir, no victimado por otro animal o sacrificado por el ser humano, probablemente porque en esas condiciones la sangre caliente, sede de la vida, no podía ser vertida como se establece en Dt 12,23. Sin embargo, el *gēr* puede comer de ella. El israelita se puede beneficiar vendiendo esa carne al *nokrî*, el extranjero que está de paso, a quien, además, el israelita puede prestar a interés (Dt 23,21), pero no a otros israelitas ni al *gēr*, quedando éste también protegido de la usura.

2.4. Incorporación religiosa del *gēr*

El *gēr* es también incorporado en algunas fiestas israelitas. Entre ellas, la fiesta de las Semanas, fiesta agrícola que conmemoraba el inicio de la recolección, donde aparece junto al huérfano y la viuda (Dt 16,11). El Deuteronomio enfatiza el carácter alegre de esta fiesta de la cosecha que incluye a toda la comunidad y que se realiza "en presencia de Yahvé", el promotor y anfitrión. No se señala a ningún anfitrión humano, superando de este modo una visión clasista o paternalista de la fiesta (en el caso de que el promotor fuera el jefe de familia o alguien poderoso). Son también invitados los esclavos, forasteros, huérfanos y viudas (Dt 16,11). Su carácter es todavía más inclusivo al enfatizar la distinción sexual (hijo/hija, siervo/sierva). Esta fiesta de peregrinación parece romper por un tiempo la estructura clasista vigente en la sociedad, e invita a incorporarse en el jolgorio, en un relativo plano de igualdad, a los sirvientes/esclavos y al *gēr*. Probablemente, la ética inclusiva del Deuteronomio buscaba que el *gēr* pudiera integrarse dentro de algún hogar, bajo la protección del padre de familia a la vez que participar de la comunidad de la familia extensa (De Vaux 1976, 51; Faust 2012, 12; Glanville 2018a, 613).

Otra fiesta con semejante tono festivo, también "en presencia de Yahvé" y en la que se incluye al *gēr*, es la de las primicias (Dt 26,11) que evoca las duras condiciones por las que pasó el pueblo de Israel como *gēr* (Dt 26,5b-10). A continuación, se hace referencia a la normativa sobre el diezmo trienal (Dt 26,12-15). Los beneficiarios de este diezmo debían ser los más necesitados de Israel, los levitas, el *gēr*, el huérfano y la viuda (Dt 26,12; cf. Nm 18,21-32; Dt 14,27). El testimonio de fe de los israelitas debe ir unido al compromiso solidario de compartir con los más necesitados los bienes producidos por una tierra que es regalo de Yahvé. Esta norma incluye al *gēr* dentro de la comunidad israelita. Puede decirse que en la medida en que éste consume el diezmo sagrado se incorpora a la familia de Yahvé, que es el anfitrión que le invita. De este modo, parece que el Deuteronomio busca integrar al *gēr* dentro de la casa, del clan y de la nación como un pariente más, incluso dentro del ámbito de algunas fiestas religiosas, aunque no se trate de una incorporación religiosa completa.

Fuera del Código Deuteronomico, el *gēr* también está incluido, junto con los hombres, mujeres y niños israelitas (Dt 29,10), dentro de la ceremonia de renovación de la alianza (Dt 29,9-14), de modo que está llamado a formar parte de la comunidad y a escuchar la Torá, a aprender de ella y a temer a Yahvé durante la lectura de la misma que deben realizar los sacerdotes cada siete años (Dt 31,9-13). Estas

ceremonias crean lazos de parentesco adoptivo para el *gēr* dentro de la comunidad. No es una exigencia impositiva que asimile forzosamente al *gēr*, sino más bien una posibilidad de acogida libremente aceptada.

Sin embargo, sorprende que no se le mencione en la normativa sobre la celebración de la Pascua (Dt 16,1-8), especialmente cuando en Ex 12,48 y en Nm 9,14, sí está admitido. Algunos autores entienden que esto no significa su exclusión de la Pascua, y que hay una conexión entre Ex 12,1-13,16 y Dt 16,1-8. Según Ex 12,43-49, el *gēr* puede ser incluido en la Pascua mediante la circuncisión, y en Dt 16,1-8, aunque no se le menciona expresamente, podría serlo mediante la participación en un hogar israelita (Altmann 2011, 186-190; Glanville 2018a, 614-615; Glanville 2018b, 174). Como ya se comentó, según Ex 12,43, ningún "extranjero" puede comer la Pascua, entendido "extranjero" como todo aquel que no está unido a la "casa" de Israel (o de un israelita) de un modo tan estrecho que, si es varón, esté circuncidado. Así "casa" llega a ser tanto el lugar de celebración de la Pascua como el marcador de quién puede participar en ella (Altmann 2011, 189).

En definitiva, la alternativa que el Deuteronomio ofrece al *gēr* no israelita es su inclusión, al menos parcial, como un afín o próximo dentro del hogar, dentro del clan y dentro de todo Israel, siendo Yahvé el sustento y promotor último de la misma. El *gēr* está protegido como miembro de la comunidad, pero sigue siendo un forastero, lo que demuestra la liminalidad del *gēr*, ya que, mientras goza de disposiciones sociales y de igualdad judicial, es distinto de los "hermanos" de la comunidad israelita (Glanville 2018b, 61).

No es posible averiguar hasta qué punto se pusieron en práctica estas normas y fueron eficaces, pero no parece que haya ninguna evidencia clara en Jerusalén o en otro lugar durante los siglos VIII y VII a.C. que atestigüe un aumento de la morbilidad y la mortalidad asociadas con los refugiados. La ausencia de pruebas en este sentido sugiere que la integración en Judá de los refugiados procedentes del reino del Norte pudo ser relativamente exitosa (Burke 2011, 53).

3. El *gēr* en el Código de Santidad (Lv 17-26)

El Código de Santidad (Lv 17-26) forma parte del libro del Levítico, perteneciente a la tradición sacerdotal. Si bien no hay un consenso unánime, suele atribuirse al Código de Santidad una fecha postexílica posterior al resto de material sacerdotal y a datarlo en la segunda mitad del siglo V a. C. (Nihan 2004, 115; Nihan 2011, 129-133;

Schmid 2019, 216-218). Es probable que este código fuera compuesto como un suplemento crítico con la obra sacerdotal. El código plantea una extensión de las exigencias de la santidad para los israelitas en general, el culto y los sacerdotes. La razón de fondo podría estar en el testimonio mostrado por algunos profetas de la Judea del período persa (sobre este período, véase Lipschits y Oeming 2014) que denuncian que los sacerdotes abusaban de sus privilegios, y los israelitas habían incurrido en prácticas que socavaban la justicia de la comunidad postexílica. Así, Malaquías condena a los sacerdotes (Mal 1,7-8) y a otros muchos israelitas (Mal 1,13-14) que ofrecen a Yahvé animales con taras físicas, y el Tercer Isaías se ensaña de múltiples maneras contra los sacerdotes en particular, pero también contra la élite económica y de poder por los abusos que infligían al resto del pueblo, llegando incluso a llamar “perros” a los “centinelas” y “pastores” de Israel (Is 56,10-11). El Código de Santidad bien pudo ser un intento de corregir esta situación (Kugler 2016, 198-199), sirviéndose de la revisión y reformulación de códigos más antiguos, en particular el Deuteronomico (Nihan 2011, 112).

3.1. *Identidad del gēr*

El término *gēr* aparece en veinte ocasiones en este código (Lv 17,8.10.12.13.15; 18,26; 19,10.33.34 [2x]; 20,2; 22,18; 23,22; 24,16.22; 25,23.35.47 [3x]). El *nokrî* desaparece en este conjunto legislativo, probablemente porque de ningún modo participa del culto ni de la comunidad religiosa. En cambio, se menciona el *tōšāb* (Lv 22,10; 25,6.23.35.40.45.47 [2x]), nunca mencionado en los códigos anteriores y que suele aparecer formando un binomio con el *gēr*. Podría tratarse de un forastero arrendatario o un cliente, distinto del extranjero jornalero o *skr* (Mayshar 2014). A veces designa a cualquier habitante de Judá, sea judío o no. El *gēr* no es un israelita y vive en el mismo país que Israel, pero nada o poco tiene que ver con los refugiados del Código de la Alianza ni con los jornaleros extranjeros empobrecidos del Código Deuteronomico israelita (Nihan 2011, 113; Ramírez 1999, 56-60; Van Houten 1991, 121-122). Únicamente en algunos textos puede vislumbrarse este significado social del término, especialmente el que anima a amar al *gēr* como a uno mismo (Lv 19,33-34) y aquellos, deudores de Dt 24,19-22, en los que se prevé algún tipo de protección para personas vulnerables, especialmente en lo relativo al rebusco de los frutos de la tierra (cf. Lv 19,10; 23,22; 25,6).

La sociedad del Código de Santidad difiere del Judá de los siglos VIII al VI a. C. El *gēr* aparece principalmente como una persona no dependiente que no está buscando un clan o un hogar al que pertenecer. Es caracterizado en el Código de Santidad como un hombre libre e independiente (Albertz 2011, 58; Joosten 1996, 72; Marzouk 2022, 152-153; Nihan 2011, 129) que tiene bastante riqueza para ofrecer sacrificios animales, incluso tan costosos como un holocausto (Lv 17,8; 22,18). Algunos de ellos han logrado enriquecerse y llevado a israelitas empobrecidos a la esclavitud por deudas (Lv 25,47-54), haciendo realidad la amenaza de Dt 28,43. La dominación babilónica (587-538 a. C.), y después la persa (538-333 a. C.), propiciaron un mayor protagonismo de los extranjeros en Israel, quienes ya no son principalmente personas desplazadas en situación de vulnerabilidad. En este código los *gērîm* son extranjeros que habitan con los judíos la provincia persa de Judá durante la primera parte del siglo V a. C., cuyo carácter multiétnico es conocido por otras fuentes (cf. Neh 2,10.19; 3,7; 4,1; 5,17; 6,6; 13,6.23). Esta multiétnicidad se refleja en Lv 24,15-16 donde se previene contra cualquier manifestación blasfema contra el nombre de Yahvé, tanto si se trata de un *gēr* como de un judío (Albertz 2011, 58-59). En definitiva, el término *gēr* en el Código de Santidad comúnmente designa a un no israelita en la mayoría de los casos libre y económicamente independiente (Marzouk 2022, 155; Nihan 2011, 119.129), probablemente algún rico comerciante, un soldado o un miembro de la administración aqueménida (Nihan 2011, 131).

3.2. Protección jurídica del *gēr*

En Lv 19,15 se condena cualquier tipo de parcialidad en los juicios, sea a favor del débil y pobre como del rico o poderoso, exigiéndose juzgar con justicia. La justicia es uno de los aspectos principales de la santidad de Yahvé. El hecho de que se aluda a la justicia debida al "prójimo" (al israelita) no excluye al *gēr*. Más adelante se señala expresamente que habrá una sola ley (*mispt*) para el forastero y el nativo "porque yo soy Yahvé, vuestro Dios" (Lv 24,22; cf. Ex 12,49). El término hebreo *mispt* se refiere a la ley civil, no a la ley religiosa (Milgrom 2001, 2127), y la casuística del contexto inmediato así parece avalarlo: ataques físicos a personas y animales, y la ley del talión (Lv 22,17-22). El Código de Santidad no da los mismos derechos a los extranjeros que a los judíos o israelitas; su igualdad fue sólo restringida a la ley civil y criminal (Albertz 2011, 60). En Lv 19,33-34 se exige que

se respete al *gēr* de la misma manera que al israelita, evitando su opresión. El verbo “oprimir” utilizado aquí (raíz verbal *ynh*) denota en el sacerdote y profeta Ezequiel, deportado a Babilonia, la opresión provocada por la falta de derechos vinculados a la posesión de tierras y propiedades (Ez 45,8; 46,18) o a al pago de deudas y préstamos injustos (Ez 18,7-20; 22,7.29). La no discriminación, al menos social y económica, del extranjero residente era una norma reiterada en los distintos códigos legales de la Torá, como ya se ha visto. Pero aquí la exigencia es más radical; hay que amarlo como a uno mismo (cf. Lv 19,34), exigencia que ya estaba en el Código Deuteronomico (Dt 10,19). Para ello, el israelita no debe olvidar que su pueblo fue también extranjero en Egipto y liberado por Yahvé (Lv 19,36). El *gēr* (Lv 19,10.33.34) es incluido dentro del concepto de prójimo para indicar que el amor debe llegar a todos los que habitan la tierra de Israel, aun cuando no sean israelitas ni propietarios de la tierra.

3.3. *Protección económica y social del gēr*

En Lv 19,9-10 se prohíbe segar la mies hasta la misma orilla del campo y espigar o recoger sus restos. Por tanto, no deben ser recolecciones olvidadas, sino dejadas voluntariamente. Se trata de una prescripción negativa de tipo humanitario a favor del pobre (sólo aquí y en Lv 23,22 se le menciona) y del *gēr*, que vuelve a repetirse, de una manera u otra, en la misma Ley de Santidad (Lv 23,22) y ya apareció en el Código Deuteronomico (Dt 23,25-26; 24,19-22). Sin embargo, en Lv 19,9-10 no se menciona a la viuda y al huérfano, citados expresamente en Dt 24,19. El pobre, el huérfano y la viuda, como representantes de los grupos más vulnerables de la sociedad israelita, no aparecen expresamente nombrados como tales en el Código de Santidad, a diferencia del Código Deuteronomico.

Dado que la tierra le fue dada a Israel por Yahvé para ser repartida entre las varias familias israelitas (Lv 25,38), ésta no puede venderse a los extranjeros. Ni siquiera los israelitas son dueños absolutos de la misma, ya que sólo Yahvé es su verdadero dueño, de modo que ellos son *gēr* en Israel (Lv 25,23). A los israelitas sólo se les permite usarla en usufructo mientras permanezcan fieles a la alianza (Lv 20,22-24; cf. Lv 26). La compraventa de tierras queda convertida en una especie de arriendo y su precio se ajustaba al número de años o cosechas desde el momento de la compraventa hasta el año del jubileo más próximo, evitándose así por ambas partes cualquier prejuicio (Lv 25,14). Un terreno o finca nunca podía ser adquirido permanentemente por

ningún israelita (Lv 25,23); únicamente podía hipotecarse hasta el próximo jubileo, cuando debía devolverse a la familia a la que inicialmente había pertenecido (Lv 25,10.13). La ley del jubileo (Lv 25,41-43) pretende garantizar, al menos en teoría, que ninguna familia israelita endeudada pierda permanentemente la tierra de sus antepasados. La posesión de la tierra, aunque sea de modo temporal, es la principal diferencia entre los israelitas y los extranjeros residentes.

El Código de Santidad prohíbe que un israelita acepte o reduzca a otro israelita a esclavitud (Lv 25,9.46b), aunque sí permite tenerlo como "jornalero" (*skr*) o como huésped o inquilino (*tôšāb*). A diferencia del israelita endeudado, que en ningún caso podía ser vendido como esclavo a un extranjero (Lv 25,35-43), los extranjeros sí podían servir como siervos o esclavos a los israelitas para pagar sus deudas (Lv 25,45-46). Estos podían ser comprados de las naciones vecinas o adquiridos de entre los extranjeros residentes o eran descendientes de esclavos a perpetuidad (Lv 25, 44-46a). Estos esclavos quedaban mucho más desprotegidos que los israelitas, no se les aplicaba el jubileo y podían ser esclavos para siempre, lo que significa que el *gēr*, no obstante poder hacerse rico (cf. 2 Sm 9,10; 16,4) e incluso alcanzar un alto estatus en Israel (cf. 1 Sm 21,8; 2 Sm 23,37), no era considerado como un igual ni estaba plenamente integrado dentro del pueblo (Marzouk 2022, 156).

En casos extremos en los que un israelita se viera obligado a venderse a un *gēr*, los parientes más próximos estaban obligados a pagar rescate por él y su dueño extranjero debía tratarlo bien y facilitar su liberación (Lv 25,47-55). Neh 5,1-8 refleja una terrible situación económica al regreso del destierro que obligaba a muchos judíos a ofrecer sus hijos e hijas como esclavos a pudientes extranjeros, a la par que se hacían ímprobos esfuerzos por rescatarlos. En esta situación el israelita debía ser tratado respetuosamente como un jornalero asalariado (Lv 25,53) y no como esclavo, porque lo que vende es su trabajo y no su persona. En líneas generales, el Código de Santidad muestra una menor preocupación social y económica por el *gēr*, dado que ya no se trata en la mayoría de los casos de una persona tan vulnerable y dependiente como la que se refleja en los códigos anteriores.

3.4. Incorporación religiosa del *gēr*

Dado que el *gēr* reside en la tierra junto con los israelitas, y es considerado en principio una persona libre, también está sujeto a una

serie de requerimientos en relación a la legislación religiosa, con el fin de evitar que provoque la ira de Yahvé, la profanación del templo (Lv 20,2) o la contaminación de la tierra (Lv 18,24-30), de cuya pureza todos sus habitantes son corresponsables (Rendtorff 2002, 83). El *gēr* sigue siendo un invitado en la comunidad sacra, pero nunca se convertirá en miembro de pleno derecho de la comunidad definida por el Código de Santidad (Nihan 2011, 130; en contra de Van Houten 1991, 164). De hecho, la llamada a ser santos, característica del Código de Santidad, va siempre dirigida únicamente a los israelitas, en ningún caso a los extranjeros residentes (Lv 19,2; 20,7-8.22-26; 22,31-33). Los responsables del Código de Santidad crearon una legislación civil y cúltica para la provincia judía, que debería llegar a un acuerdo con su considerable minoría no judía sin renunciar a la identidad religiosa de la mayoría. En tal situación, una integración o asimilación social y religiosa fluida de los extranjeros residentes (Achenbach 2011, 41-42; Bravo 2022, 578), aunque fuera parcial como se hizo principalmente en el Código Deuteronomico, ya no era posible ni pretendida (Albertz 2011, 61). Los legisladores explícitamente someten a los habitantes extranjeros de la provincia a algunas de sus leyes cúlticas y civiles, que fueron pensadas para la población judía: los *gērîm* deben descansar de su trabajo durante el día de la expiación (Lv 16,29); si querían ofrecer un sacrificio sangriento tenían que traerlo al santuario central (Lv 17,8) y sus animales debían tener las mismas condiciones que las de los judíos (Lv 22,19). El consumo de alimentos con sangre también les fue prohibido del mismo modo que a los nativos judíos (Lv 17,10-12) y la forma de tratar al animal para su consumo debía ser la misma (Lv 17,13). A diferencia del Código Deuteronomico que les permitía comer carroña (Dt 14,21), el de Santidad les exige purificarse por ello (Lv 17,15). Lo que para los judíos eran "abominaciones" sexuales, también estaban prohibidas a los *gērîm* (Lv 18,26) y podían ser sentenciados a muerte por lapidación si rendían culto a Mólec (Lv 20,2-4), incluso si maldecían a sus propios dioses (Lv 24,15-16).

Lo que se pretende es gestionar una bien ordenada coexistencia con la población no judía de la provincia persa de Yehud del siglo V a. C (Albertz 2011, 62; Nihan 2011, 132). Los *gērîm* dependientes e integrados en una familia israelita deben estar circuncidados, de modo que pueden participar de la Pascua y deben guardar el sábado. Aquellos extranjeros que sean independientes no están obligados a guardar el sábado (al menos no se les incluye en esta obligación; Lv 19,3.30; 26,3), pero si desean participar de la Pascua deberán circuncidarse (como se estipula en Ex 12,48, de tradición sacerdotal) y

al menos estar en estado de pureza ritual (cf. Nm 9,6-7.13-14, igualmente de tradición sacerdotal). El calendario cultural de fiestas israelitas (Lv 23) no menciona expresamente a los *gērīm*, lo que por sí solo no es indicio de aceptación o rechazo. En cambio, la costumbre de habitar en cabañas durante siete días en la fiesta de Sukkot es claramente restringida únicamente a los israelitas nativos (Lv 23,42). En este sentido, quizá pueda decirse que estas normas relativas a los extranjeros residentes son más restrictivas o impositivas que integradoras o inclusivas.

Reflexiones conclusivas

Los tres códigos analizados (Código de la Alianza, Código Deuteronomico y Código de Santidad) muestran una preocupación especial por la figura del *gēr*, un término que adquiere matices distintos en cada código en función de las circunstancias históricas y sociales. Si en el Código de la Alianza se trata de una persona extranjera desplazada y vulnerable, que sobrevive como cliente de un israelita, en el Código Deuteronomico se trata de un forastero dependiente, no necesariamente siempre extranjero, en un contexto de mayor vulnerabilidad social y económica que le obliga a trabajar muchas veces como un simple jornalero, de modo que aparece vinculado a los grupos sociales vulnerables de la sociedad israelita (el pobre, el huérfano y la viuda). Por su parte, en el Código de Santidad las referencias al *gēr* vulnerable son más escasas y en gran medida deudoras del deuteronomico. En el Código de Santidad el *gēr* es más bien un extranjero libre e independiente económicamente, probablemente vinculado a las instituciones administrativas y comerciales de la potencia colonizadora, el imperio persa.

Con matices distintos, estos códigos exigen su no explotación y abuso, cierta protección jurídica y toman medidas, que, aunque hoy puedan parecer modestas e insuficientes, pretenden paliar su difícil situación. Este compromiso social está justificado generalmente en la propia experiencia histórica del pueblo de Israel. La experiencia liberadora de Israel en Egipto, obrada por Yahvé y recogida en el libro del Éxodo, se presenta como el relato legitimador del buen tratamiento al *gēr*: el pueblo de Israel debe recordar que también fue *gēr* en Egipto (Código de la Alianza y Código de Santidad) e incluso esclavo (Código Deuteronomico), y, por ello, debe incluso amar al *gēr*, como también lo hace Yahvé (Códigos Deuteronomico y de Santidad). De esta forma, el Dios de Israel es el fundamento último de esta legislación. La propia

experiencia de Israel como pueblo emigrante y oprimido evoca que nadie, ni siquiera en el siglo XXI, está totalmente libre de sufrir una experiencia similar. Los que hoy son receptores de inmigrantes, mañana pueden verse como emigrantes.

Los tres códigos muestran trazas de cómo las convicciones religiosas marcan límites de inclusividad y exclusión (o al menos exención). El *gēr* no es alguien que esté plenamente integrado en la comunidad religiosa de Israel, pese a que pueda participar de algunas de sus ceremonias en determinadas circunstancias y según códigos. Yahvé ha establecido una alianza exclusiva con Israel a quien ha entregado el don de la tierra, pero ésta sólo puede disfrutarse en usufructo por los israelitas porque la tierra es realmente propiedad de Yahvé. De este modo, la visión de la tierra como don de Yahvé a su pueblo se convierte en un distintivo importante entre un israelita y un *gēr*, pero ambos pueden disfrutar de sus frutos (Códigos Deuteronómico y de Santidad) y tienen el deber de no contaminarla (Código de Santidad). El *gēr* puede incluso ofrecer culto a sus propios dioses (Código de Santidad) y no está obligado a circuncidarse, salvo que viva integrado en una familia israelita. La circuncisión, particularmente en el período postexílico, se convierte en señal de identidad del pueblo de Israel y de distinción con respecto a las demás naciones, pero también en la posibilidad de integración religiosa de aquellos extranjeros que así lo deseen. Se establecen, por tanto, límites que permiten diferenciar, pero también incluir. Más allá de su discutible facticidad y eficacia, estos códigos reflejan una preocupación ética y religiosa por las personas inmigrantes y desplazadas que puede ser una lección para nuestros días. Pese a que sus respuestas a esta problemática no son uniformes, dado que intentan adaptarse a circunstancias cambiantes, todas ellas muestran sensibilidad por las personas desplazadas vulnerables.

Estos códigos, que forman parte de los textos sagrados de judíos y cristianos, y respetados por musulmanes, inspiran un comportamiento ético social exigente cuya aplicación podría cambiar la suerte de una buena parte de la humanidad. Para el creyente, la ética de máximos que establecen algunos aspectos de los diferentes códigos estudiados no son solo ideales sugerentes, sino que tienen que ver con lo que Dios desea para el ser humano, forma parte del itinerario creyente de la búsqueda de la voluntad de Dios. Pero esta llamada ética es una invitación también a los no creyentes a construir un mundo más humanizado para todos. Todo ello, ciertamente, siempre estará condicionado por muchas mediaciones históricas (ya se han mencionado los límites de inclusividad y la duda sobre el grado de

aplicación que tuvieran esos códigos en el momento de su formulación), pero si efectivamente los creyentes comprendieran que el Dios en quien creen y confían está interesado en la suerte que corre el inmigrante en situación de vulnerabilidad, y los que no lo son compartieran también la urgencia ética de esta problemática, la humanidad entraría en otra etapa. En consecuencia, el estudio de estos códigos no es una curiosidad para añadir a una colección de antigüedades venerables, sino que conlleva algo potencialmente revolucionario para el momento actual de la humanidad si creyentes y no creyentes compartieran y pusieran en práctica sus valores de inclusividad.

Finalmente, los textos estudiados inciden también en la relación que hay entre experiencia religiosa y maduración ética de la humanidad. Hoy hay un convencimiento, cada vez más compartido, en que los grandes males de la humanidad no tienen una solución en el plano de la técnica y de la ciencia (aunque siempre va a necesitar de ellas), sino, sobre todo, necesitan de una maduración ética de la humanidad. Más allá de las convicciones religiosas, estos textos inspiran una conducta en la que pueden encontrarse una gran parte de los seres humanos; pueden tener un fuerte componente interreligioso e intercultural que identifica un bien deseado y compartido.

Referencias bibliográficas

- Achenbach, Reinhard. 2011. «Gêr – nâkhrî – tôshav – zâr: Legal and sacral distinctions regarding foreigners in the Pentateuch». En *The foreigner and the law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, editado por Reinhard Achenbach, Rainer Albertz y Jakob Wöhrle, 29-51. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag.
- Albertz, Rainer. 1999. *Historia de la religión de Israel en tiempos del Antiguo Testamento. 1. De los comienzos hasta el final de la monarquía*. Madrid: Trotta.
- Albertz, Rainer. 2011. «From aliens to proselytes: Non-Priestly and Priestly legislation concerning strangers». En *The foreigner and the law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, editado por Reinhard Achenbach, Rainer Albertz y Jakob Wöhrle, 53-69. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag.
- Altmann, Peter. 2011. *Festive meals in Ancient Israel: Deuteronomy's identity politics in their Ancient near Eastern context*. Berlin: De Gruyter.
- Awabdy, Mark A. 2014. *Immigrants and innovative law Deuteronomy's theological and social vision for the נא*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Body, Daniel. 2014. «The story of Samuel, Saul, and David». En *Ancient Israel's History. An introduction to issues and sources*, editado por Bill T.

- Arnorld y Richard S. Hess, 190-226. Grand Rapids, Michigan: Baker Academic.
- Bravo, Arturo. 2022. «Los migrantes en el Antiguo Testamento. ¿Aceptación o rechazo?». *Teología y Vida* 63: 561-590, doi: 10.7764/tyv634.e5
- Burke, Aaron A. 2011. «An anthropological model for the investigation of the archaeology of refugees in Iron Age Judah and its environs». En *Interpreting exile. Displacement and deportation in biblical and modern contexts*, editado por Brad E. Kelle, Frank R. Ames y Jacob L. Wright, 41-56. Atlanta: Society of Biblical Literature.
- Craigie, Peter C. 1981. *The book of Deuteronomy*. Grand Rapids, Michigan: William B. Eerdmans.
- De Vaux, Roland. 1976. *Instituciones del Antiguo Testamento*. Barcelona: Herder.
- Faust, Avraham. 2012. *The archaeology of Israelite society in Iron Age II*. Winona Lake, Indiana: Eisenbrauns.
- Fensham, F. Charles. 1962. «Widow, orphan, and the poor in Ancient near Eastern legal and wisdom literature». *Journal of Near Eastern Studies* 21, n. 2: 129-139. <https://www.jstor.org/stable/543887>
- Finkelstein, Israel. 2013. *The forgotten kingdom. The archaeology and history of Northern Israel*, Atlanta: Society of Biblical Literature.
- Finkelstein, Israel y Neil A. Silberman. 2003. *La Biblia desenterrada. Una nueva visión arqueológica del antiguo Israel y de los orígenes de sus textos sagrados*. Madrid: Siglo XXI.
- García López, Félix. 2014. *Pentateuco*. Estella: Verbo Divino.
- Glanville, Mark R. 2018a. «The *Gēr* (stranger) in Deuteronomy: Family for the displaced». *Journal of Biblical Literature* 137: 599-623, doi: 10.15699/jbl.1373.2018.446687
- Glanville, Mark. R. 2018b. *Adopting the stranger as kindred in Deuteronomy*. Atlanta: SBL Press.
- Glanville, Mark R. 2021. «*גֵּר* (*ḡēr*) as Israelite identity formation: Canaanite destruction and the stranger (*גַּר*, *gār*)». *The Catholic Biblical Quarterly* 83: 547-570, doi: 10.1353/cbq.2021.0120.
- Gowan, Donald E. 1987. «Wealth and poverty in the Old Testament: The case of the widow, the orphan, and the sojourner». *Interpretation* 41: 341-353, doi: 10.1177/002096438704100402
- Grabbe, Lester L. 2007. *Ancient Israel. What do we know and how do we know it?* Londres: T & T Clark.
- Habermas, Jürgen. 2008. «¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de derecho?». En *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, 9-29-. México: Fondo de Cultura Económica.
- Houtman, Cornelis. 1993. *Exodus*. Volumen 1. Kampen: Kok Publishig House.
- Houtman, Cornelis. 1996. *Exodus*. Volumen 2. Kampen: Kok Publishig House.
- Houtman, Cornelis. 2000. *Exodus*. Volumen 3. Leuven: Peeters.
- Itach, Gilad. 2018. «The Kingdom of Israel in the Eighth Century: From a regional power to Assyrian provinces». En *Archaeology and History of*

- Eighth-Century Judah*, editado por Zev I. Farber y Jacob L. Wright, 57-77. Atlanta: SBL Press.
- Joosten, Jan. 1996. *People and land in the Holiness code: An exegetical study of the ideational framework of the Law in Leviticus*. Leiden: Brill.
- Knauth, R. J. D. 2003. «Alien, foreign resident». En *Dictionary of the Old Testament. Pentateuch*, editado por T. Desmond Alexander y David W. Baker, 26-33. Downers Grove, Illinois: IVP Academic.
- Küng, Hans. 2000. *Proyecto de una ética mundial*. Madrid: Trotta.
- Kugler, Robert. 2016. «Leviticus». En *The Pentateuch. Fortress commentary on the Bible Study Edition*, editado por Gale A. Yee, Hugh R. Page y Matthew J.M. Coomber, 179-210. Minneapolis: Fortress Press.
- Langner, Córdula. 2013. «“Lo straniero in mezzo a te”. Le tante facce degli stranieri nella Bibbia ebraica come impulso per una relazione con gli stranieri nell’oggi». En *Il diverso e lo straniero nella Bibbia ebraico-cristiana. Uno studio esegetico-teologico in chiave interculturale*, editado por Massimo Grilli y Joseph Maleparampil, 87-103. Bologna: Dehoniane Bologna.
- Lapidot, Elad. 2019. «Ger: deterritorialized immigrant in talmudic exile». *Jewish Culture and History* 20: 23-42, doi: 10.1080/1462169X.2019.1557460
- Lipschits, Oded y Manfred Oeming, eds. 2014. *Judah and the Judeans in the Persian period*. Winona Lake, Indiana: Eisenbrauns.
- Lohfink, Norbert. 1991. «Poverty in the Laws of the Ancient Near East and of the Bible». *Theological Studies* 52: 34-50, doi: 10.1177/004056399105200103
- Martin-Achard, Robert. 1978. «‘Gur’: Residir como forastero». En *Diccionario Teológico Manual del Antiguo Testamento. Tomo I*, editado por Ernst Jenni y Claus Westermann, 583-588. Madrid: Cristiandad.
- Marzouk, Safwat. 2022. «Different kinds of foreignness. The Hebrew Bible’s terminology for foreigners». En *Christianity and the law of migration*, editado por Silas W. Allard, Kristin E. Heyer y Raj Nadella, 147-164. Londres: Routledge.
- Mayshar, Joram. 2014. «Who was the Toshav?». *Journal of Biblical Literature* 133: 225-246, doi: 10.15699/jbibllite.133.2.225
- McAuliffe, Marie y Anna Triandafyllidou, eds. 2021. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. Ginebra: OIM. <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>
- Milgrom, Jacob. 2001. *Leviticus 23-27. A new translation with introduction and commentary*. Nueva York: The Anchor Bible Doubleday.
- Na’aman, Nadav. 2008. «Sojourners and Levites in the Kingdom of Judah in the seventh century BCE». *Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte* 14: 237-279.
- Nelson, Richard. D. 2004. *Deuteronomy. A commentary*. Londres: Westminster John Knox Press.
- Nihan Christophe. 2004. «The Holiness code between D and P: Some comments on the function and significance of Leviticus 17-26 in the composition of the Torah». En *Das Deuteronomium zwischen Pentateuch*

- und Deuteronomistischem Geschichtswerk*, editado por Eckart Otto y Reinhard Achenbach, 81-122. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Nihan, Christophe. 2011. «Resident aliens and natives in the Holiness legislation». En *The foreigner and the law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, editado por Reinhard Achenbach, Rainer Albertz y Jakob Wöhrle, 111-134. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag.
- Pitkänen, Pekka. 2017. «Ancient Israelite population economy: Ger, Toshav, Nakhri and Karat as settler colonial categories». *Journal for the Study of the Old Testament* 42: 139-153, doi: 10.1177/0309089216677665
- Preuss, Horst Dietrich. 1996. *Old Testament Theology. Volume II*. Louisville, Kentucky: Westminster John Knox Press.
- Radner, Karen. 2015. «Hired labor in the neo-Assyrian Empire». En *Labor in the Ancient World. Volume V. A Colloquium Held at Hirschbach (Saxony), April 2005*, editado por Piotr Steinkeller y Michael Hudson, 329-343. Dresden: ISLET.
- Ramírez, José E. 1999. *Alterity and identity in Israel*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Rendtorff, Rolf. 2002. «The Gēr in the Priestly Laws of the Pentateuch». En *Ethnicity and the Bible*, editado por Mark G. Brett, 77-87. Leiden: Brill Academic Publishers.
- Rifkin, Jeremy. 2010. *La civilización empática. La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Barcelona: Paidós.
- Ruiz, Eleuterio R. 2018. «"Extranjeros y refugiados" (1 Pe 2,11; cf. Gn 23,4). Reflexiones sobre un desafío de nuestro tiempo a la luz de la Escritura». *Revista Teología* 55: 31-54. Acceso el 28 de abril de 2024: <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/TEO/article/view/1282><https://revistas.uca.edu.ar/index.php/TEO/article/view/1282>
- Schmid, Konrad. 2019. *Historia literaria del Antiguo Testamento. Una introducción*. Madrid: Trotta.
- Sneed, Mark. 1999. «Israelite concern for the alien, orphan, and widow: Altruism or ideology?». *Zeitschrift für die Alttestamentliche Wissenschaft* 111: 498-507, doi: 10.1515/zatw.1999.111.4.498.
- Spencer, John R. 1992. «Sojourner». En *The Anchor Bible Dictionary*. Vol. 6, editado por David Noel Freedman, 103-104. Nueva York: Doubleday.
- Taylor, Charles. 1994. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós
- Tsai, Daisy Y. 2014. *Human rights in Deuteronomy with special focus on slave laws*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Varo, Francisco. 2018. «L'arrière-plan sociologique du champ sémantique de l'étranger dans le Pentateuque». *Revue des sciences philosophiques et théologiques* 102: 385-414, doi: 10.3917/rspt.1023.0385.
- Varo, Francisco. 2020. «Israel y los pueblos extranjeros en el Pentateuco». En *"Sal de tu Tierra". Estudios sobre el extranjero en el Antiguo Testamento*, editado por Guadalupe Seijas de los Ríos-Zarzosa, 27-36. Estella: Verbo Divino.
- Van Houten, Christiana. 1991. *The Alien in Israelite Law*. Sheffield: Sheffield Academic Press.

- Walton, John H. 1990. *Ancient Israelite literature in its cultural context*. Michigan: Zondervan Publishing House.
- Weinfeld, Moshe. 1991. *Deuteronomy 1–11. A new translation with introduction and commentary*, Nueva York: Doubleday.
- Wöhrlé, Jakob. 2011. «The integrative function of the law of circumcision». En *The foreigner and the law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, editado por Reinhard Achenbach, Rainer Albertz y Jakob Wöhrlé, 71-87. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag.
- Wright, David. 2014. «The origin, development, and context of the Covenant Code (Exodus 20:23–23:19)». En *The book of exodus composition, reception, and interpretation*, editado por Thomas B. Dozeman, Craig A. Evans y Joel N. Lohr, 220-244. Leiden: Brill.
- Wuench, Hans-George. 2014. «The stranger in God's land – foreigner, stranger, guest: What can we learn from Israel's attitude towards strangers?». *Old Testament Essays* 27: 1129-1154. Acceso el 28 de abril de 2024: <https://www.scielo.org.za/pdf/ote/v27n3/19.pdf>
- Zehnder, Markus. 2018. «Mass-migration to the western world in light of the Hebrew Bible: The challenge of complexity». *European Journal of Theology* 27, n. 17: 4-17. Acceso el 28 de abril de 2024: <https://digitalcommons.biola.edu/faculty-articles/399>.

A propósito de los derechos humanos de las mujeres en Argentina. Propuestas normativas que generan retrocesos

Regarding women's human rights in Argentina. Normative proposals that generate setbacks

Marina Ditieri 

Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina

marinaditieri@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2810-0424>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3095>

Fecha de recepción: 18.03.2024

Fecha de aceptación: 31.05.2024

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Cómo citar / Citation: Ditieri, Marina. 2024. «A propósito de los derechos humanos de las mujeres en Argentina. Propuestas normativas que generan retrocesos». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 93-118. <https://doi.org/10.18543/djhr.3095>

Sumario: Introducción. 1. El ordenamiento jurídico argentino: los tratados de derechos humanos y su importancia. 2. La perspectiva de género como perspectiva de derechos humanos. Normativa e implicancias en Argentina. 3. Retroceso en materia derechos humanos de las mujeres: El Proyecto de Ley de "Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos". 3.1. Ley n. 27.499 de Capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres - Ley Micaela. 3.2. Ley n. 27.611 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia - Ley de mil días. 3.3. Ley n. 19.945 - Código electoral nacional. 3.4. Ley n. 26.994 - Código civil y comercial de la nación. Breves reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto analizar el posicionamiento que ocupan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y las opiniones de los órganos de aplicación y seguimiento en el ordenamiento jurídico interno. Seguidamente, se analizará la importancia de la interrelación existente entre la perspectiva de derechos humanos y la de género, para así plantear los lineamientos normativos que transversalizan el ordenamiento jurídico local. Por último, se expondrán los retrocesos que en la

materia propone el Proyecto de Ley “Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”, recientemente presentado por el poder ejecutivo nacional.

Palabras claves: Ordenamiento jurídico, derechos humanos, mujeres, perspectiva de género, retrocesos normativos.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the position of international human rights instruments and the opinions of the bodies responsible for their application and follow-up in the domestic legal system. It will then analyze the importance of the interrelationship between the human rights perspective and the gender perspective, in order to present the normative guidelines that mainstream the local legal system. Finally, it will present the setbacks proposed by the Bill “Bases and starting points for the freedom of Argentines”, recently presented by the national executive power.

Keywords: Law, human rights, women, gender perspective, regressive law.

Introducción

En el ordenamiento jurídico argentino, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En dicha línea, la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional, así como las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), conforman el bloque de constitucionalidad federal. El incumplimiento por parte del Estado de la normativa citada, así como de las opiniones y jurisprudencia referenciada, genera responsabilidad internacional, conforme lo prevé el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Como puede observarse, el derecho internacional de los derechos humanos tiene preeminencia sobre el derecho interno. Por su parte, la normativa en materia de género y protección de los derechos de las mujeres no ha sido ajena a tal recepción.

El presente artículo pretende analizar y plantear los grandes lineamientos normativos que transversalizan el ordenamiento jurídico local bajo una exigida mirada y/o perspectiva de derechos humanos y género, para luego problematizar sobre el estado actual de los derechos humanos de las mujeres.

1. El ordenamiento jurídico argentino: los tratados de derechos humanos y su importancia

En primer lugar, se realizará un breve análisis respecto a la centralidad que poseen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la interpretación proveniente de los órganos encargados del control de su implementación en el ordenamiento jurídico local.

Por su parte, resulta pertinente señalar que las convenciones son la principal fuente del derecho internacional público, tal como surge del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, dichos instrumentos no regulan la forma en la que sus disposiciones son receptadas en el ordenamiento de cada Estado parte.

Las teorías predominantes en la materia resultan ser dos: la teoría dualista y la teoría monista. La primera postula que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos distintos e independientes. Por otro lado, la segunda sostiene que el derecho interno y el derecho internacional integran un único ordenamiento. En

este caso se puede sostener la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno o viceversa. Nuestro país, y tal como se desarrollará en el presente artículo, adhiere a la teoría monista con preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno.

Por tanto, y luego de la reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales sobre derechos humanos gozan de jerarquía constitucional. En esta línea, dicha reforma incorporó el artículo 75 inc. 22, el cual reza:

Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

No obstante, y previo a la reforma señalada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en "Ekmekdjian c. Sofovich" (SCSJN 315:1492)¹, un precedente del 7 de julio de 1992, venía expidiéndose sobre cómo deben interpretarse los derechos y garantías

¹ Véase, a su vez, SCSJN 315:1943, de 8 de septiembre de 1992; SCSJN 316:1669, de 7 de julio de 1993; SCSJN 317:1282, de 13 de octubre de 1994.

que prevén los tratados internacionales suscriptos por nuestro país; ello a la luz de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

En este sentido sostuvo que “la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”². Por lo anterior, el Supremo Tribunal afirmó que el Estado argentino debe “asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”³.

Ahora bien, con posterioridad a la reforma constitucional, y manteniendo su doctrina, la CSJN se expresó en el precedente “Giroldi” (SCSJN 318:514) del 7 de abril de 1995, esta vez en relación a “las condiciones de su vigencia” como dispone la Constitución Nacional. Al respecto dijo que la jerarquía constitucional de los tratados, por voluntad del constituyente, tiene lugar en las condiciones de su vigencia, es decir, “tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”⁴. Agregó que “en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”⁵.

Por su parte en los precedentes “Bramajo” del 12 de septiembre de 1996 (SCSJN 319:1849), “Simón” del 14 de julio de 2005 (SCSJN 328:2056), “Mazzeo” del 13 de julio de 2007 (SCSJN 330:3248) y

² SCSJN 315:1492, de 7 de septiembre de 1992, considerando 18.

³ SCSJN 315:1492, considerando 19.

⁴ SCSJN 318:514, de 7 de abril de 1995, considerando 11.

⁵ SCSJN 318:514, considerando 11.

“Carranza Latrubesse” del 6 de agosto de 2013 (SCSJM 336:1024) la CSJM reafirmó el valor de las opiniones consultivas de la Corte IDH como criterios jurídicos de interpretación de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a ser tomadas en cuenta para las prácticas del derecho interno, así como reconoció la obligación de realizar su mejor esfuerzo para implementar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, a pesar de la línea de desarrollo jurisprudencial y la práctica sostenida por décadas en base a la relación de primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, el derecho argentino sufrió un notable retroceso con el dictado del fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en fecha 14 de febrero de 2017 (Fallos 340: 47).

En dicho precedente, la CSJM se negó a acatar uno los puntos del resolutorio del caso “Fontevicchia”⁶ que ordenaba dejar sin efecto en el ámbito interno la sentencia que había dado origen a la petición ante la Corte IDH.

Al respecto la CSJM manifestó que dicha manda:

no solo parece ir más allá de las atribuciones –propias y específicas– de la Corte IDH (en especial respecto de lo dispuesto en el art 63.1 de la CADH), sino que encuentra un obstáculo insalvable en disposiciones constitucionales que esta Corte Suprema no puede desatender y por cuya protección debe velar (...). El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aún la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad⁷.

Consideró el Supremo Tribunal que, dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema pasada en autoridad de cosa juzgada –en virtud de un fallo dictado por la Corte Interamericana– es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino, ya

⁶ SCIDH Serie C No. 238, de 29 de noviembre de 2011.

⁷ SCSJM 340:47, de 14 de febrero de 2017, considerando 16.

que implica privar al Tribunal de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

Concluyó entonces en que “no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional”⁸.

Cabe señalar que dicho precedente local tuvo un voto en minoría, respetuoso del posicionamiento que venía desarrollando el máximo Tribunal, del Dr. Maqueda, quien sostuvo que, a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia. En consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado. Según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada convención).

Así las cosas, ha habido cumplimiento parcial respecto a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia (párrafo 105), debido a que permanece pendiente que Argentina cumpla con el componente de esa reparación relacionado con reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil, conforme la Resolución de la Corte IDH de Supervisión de Cumplimiento de fecha 19/04/2023⁹.

Hasta aquí se ha analizado brevemente el posicionamiento jurídico vigente en materia de derechos humanos. Por su parte, en el siguiente apartado plantearemos la interrelación entre la perspectiva de derechos humanos y la de género, para luego analizar su actualidad y posibles retrocesos.

⁸ SCSJN 340:47, voto del Juez Horacio Rosatti, considerando 5.

⁹ SCSJN 340:47, voto del Juez Horacio Rosatti, considerando 5.

2. La perspectiva de género como perspectiva de derechos humanos. Normativa e implicancias en Argentina

Comenzaremos tomando algunas reflexiones de las autoras Facio y Fries vinculadas a la noción de género.

Las mismas sostienen que,

El concepto de género alude tanto al conjunto de características y comportamientos como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo con contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como las de clase, etnia, edad, nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, entre otras. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano y en cada generación varían atendiendo a los factores de la realidad que concursan con este. La atribución de características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los dos sexos que nuestros Estados y sociedades reconocen como únicos es un problema de discriminación contra las mujeres porque los que se asignan a ellas gozan de menor o ningún valor. El problema es más serio aún ya que las características, comportamientos y roles que cada sociedad atribuye a los hombres son las mismas que se le asignan al género humano. De esta manera, lo masculino se convierte en el modelo de lo humano. Esto dificulta aún más la eliminación de la discriminación contra las mujeres porque ya no se trata solamente de eliminar estereotipos y cambiar roles, sino que es necesario reconceptualizar al ser humano. Esta tarea implica reconstruir todo el saber que hasta ahora ha partido de una premisa falsa: el hombre como modelo o paradigma de lo humano y la mujer como «lo otro» (Facio y Fries 1999, 17).

Ahora bien, y sin desconocer los logros acaecidos por la lucha del movimiento de mujeres en nuestro país, desde un punto de vista estrictamente jurídico, y en consonancia con la transversalidad que plantea la perspectiva de derechos humanos, devino necesario la implementación de la perspectiva de género como una respuesta contundente para continuar en el camino hacia la eliminación de la discriminación hacia las mujeres y el logro por la paridad de género.

La perspectiva de género es una herramienta teórica y metodológica que permite analizar las desigualdades entre los géneros, y las relaciones de poder existentes para poder intervenir y

modificarlas. Tal perspectiva busca sacar del terreno de lo natural e inmodificable el género y la sexualidad, para entenderlos desde una mirada social y relacional, donde hay jerarquías de poder construidas.

La perspectiva de género se ha instalado como una herramienta que interpela a todos los operadores del Derecho, así como a los poderes del Estado.

Repensar el derecho en clave feminista nos invita a desarrollar una mirada compleja e interseccional a la vez, sabiendo que no es lo mismo un caso que involucra a una mujer pobre que a una adolescente, migrante y pobre, o una mujer en situación de discapacidad con hijxs a cargo, desempleada y sin acceso al agua potable. De allí que el enfoque feminista obliga a considerar todas las aristas que comprende la situación sobre la cual se pretende intervenir para generar, en definitiva, condiciones para su autonomía real, no solo personal, sino también económica y social (Herrera 2023).

Entonces, retomando, podemos afirmar que, para garantizar la igualdad de género y la protección de los derechos de las mujeres, la convergencia de las luchas históricas del movimiento feminista, así como los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino al ratificar las convenciones sobre derechos humanos, han sido determinantes.

A continuación, se desarrollará una breve reseña de la normativa más importante en la materia y actualmente vigente en nuestro país¹⁰.

¹⁰ Seleccionadas en gran parte por la Oficina de la mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otra parte contenida en el "Compendio Legislativo de Género" publicado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Véase: <https://www.oficinadelamujer.gob.ar/om/normativa> y https://www3.hcdn.gob.ar/dependencias/secparl/dgral_info_parlamentaria/compendio_de_normativa_con_perspectiva_de_genero_2023_hcdn.pdf, siendo la presente una sistematización realizada por la autora.

Tabla 1.
Principal normativa sobre género en Argentina

Norma	Año	Objetivo/s
Ley n. 23.179: Aprobación de la CEDAW	Sanción: 08/05/1985 Promulgación: 27/05/1985 Publicación: B.O. 03/06/1985	Garantizar la igualdad jurídica y fáctica entre mujeres y varones.
Ley n. 24.417: Protección contra la violencia familiar	Sanción: 07/12/1994 Promulgación: 28/12/1994 Publicación: B.O. 03/01/1995	Establece medidas de protección para salvaguardar la vida, salud e integridad de quienes denuncien haber sufrido lesiones, maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. Obligación de denuncia en cabeza de los servicios sociales, educativos, profesionales de la salud y todo funcionario público que tome conocimiento.
Ley n. 24.632: Aprobación de la "Convención de Belém do Pará"	Sanción: 13/03/1996 Promulgación: 01/04/1996 Publicación: B.O. 09/04/1996	Prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer en el ámbito de la OEA.
Ley n. 25.674: Asociaciones sindicales	Sanción: 06/11/2002 Promulgación: 28/11/2002 Publicación: B.O. 29/11/2002	Establece la participación femenina en las unidades de negociación colectiva de las condiciones laborales y la integración de mujeres en cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales.
Ley n. 26.150: Programa Nacional de Educación Sexual Integral	Sanción: 04/10/2006 Promulgación: 23/10/2006 Publicación: B.O. 24/10/2006	Establece el derecho de todas las personas que estudian a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la CABA y municipal. Crea el Programa Nacional de Educación Sexual.

Norma	Año	Objetivo/s
<p>Ley n. 26.485: Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales</p>	<p>Sanción: 11/03/2009 Promulgación: 01/04/2009 Publicación: B.O. 14/04/2009</p>	<p>Establece el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (física, psicológica, sexual o simbólica). Crea el Observatorio de Violencia Contra las Mujeres. Establece lineamientos básicos para las políticas estatales. Proporciona derechos básicos y garantías mínimas de los procedimientos. Designa al Consejo Nacional de las Mujeres como organismo para efectivizar las disposiciones de la ley.</p>
<p>Ley n. 26.743: Identidad de género</p>	<p>Sanción: 09/05/2012 Promulgación: 23/05/2012 Publicación: B.O. 24/05/2012</p>	<p>Establece que cualquier persona pueda modificar sus datos personales en el Registro. Permite que las personas puedan desarrollar su personalidad de acuerdo con la identidad autopercibida y garantiza el acceso a terapias hormonales e intervenciones quirúrgicas totales o parciales para adecuar su cuerpo a la identidad elegida.</p>
<p>Ley n. 26.791: Modificaciones al Código Penal [Incorporación de homicidio agravado por motivos de género]</p>	<p>Sanción: 14/11/12 Promulgación: 11/12/12 Publicación: B.O.</p>	<p>Incorpora la figura del “femicidio” como agravante del tipo penal del homicidio.</p>
<p>Ley n. 27.210: Creación del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género</p>	<p>Sanción: 04/11/2015 Promulgación: 23/11/2015 Publicación: B.O. 26/11/2015</p>	<p>Garantiza el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género para hacer efectivos el ejercicio y goce de sus derechos consagrados en la Ley n. 26.485 y complementarias.</p>

Norma	Año	Objetivo/s
Ley n. 27.410: Concientización sobre la violencia de género	Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 29/11/2017 Publicación: B.O. 29/11/2017	Se declara al mes de "Noviembre" como mes nacional de concientización sobre la violencia de género. En consecuencia, el Estado nacional, en los tres poderes que lo integran, sus organismos centralizados y descentralizados o autárquicos, desarrollarán diversas actividades públicas de educación y concientización, orientadas a la prevención de la violencia de género.
Ley n. 27.412: Paridad de género en ámbitos de representación política	Sanción: 22/11/2017 Promulgación: 15/12/2017 Publicación: B.O. 15/12/2017	Garantiza la paridad de género en los órganos legislativos. En ese sentido, las listas de candidatos al Congreso de la Nación (diputados y senadores) y al Parlamento del Mercosur deben ser realizadas "ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente".
Ley n. 27.499: Capacitación obligatoria en la temática género y violencia contra las mujeres, para todas las personas que integran los tres poderes del Estado – Ley Micaela	Sanción: 19/12/2018 Promulgación: 10/01/2019 Publicación B.O.: 10/01/2019	Establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los tres poderes del Estado Nacional.
Ley n. 27.501: Ley n. 26.485. Modificación. Incorporación como modalidad de violencia a la mujer al acoso callejero	Sanción: 16/04/2019 Promulgación: 07/05/2019 Publicación B.O. 08/05/2019	Incorpora como modalidad de violencia hacia la mujer al "acoso callejero" (toda aquella que se produzca en el espacio público) dentro de las establecidas por Ley n. 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Norma	Año	Objetivo/s
Ley n. 27.539: Cupo femenino y acceso de artistas mujeres a eventos musicales	Sanción: 20/11/2019 Promulgación: 18/12/2019 Publicación: B.O. 20/12/2019	Establece un mínimo del 30% de presencia de mujeres o personas con identidad de género autopercibida, en las programaciones de los eventos musicales en vivo, ya sean estatales o privados; presenciales, televisados o por streaming. Pone en cabeza del Instituto Nacional de la Música su aplicación.
Ley n. 27.610: Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo	Sanción: 30/12/2020 Promulgación: 14/01/2021 Publicación: B.O. 15/01/2021	Establece el derecho de las mujeres y personas con otras identidades de género a interrumpir su embarazo de manera voluntaria y legal: hasta la semana 14 de embarazo (sin expresión de causa); cuando el embarazo es resultado de una violación o si está en peligro su vida o su salud. Además, establece el derecho a la atención post aborto y garantiza el acceso a métodos anticonceptivos.
Ley n. 27.611: Ley Nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia - Ley de los 1000 días	Sanción: 30/12/2020 Promulgación: 14/01/2021 Publicación: B.O. 15/01/2021	Establece prácticas de prevención y protección para proteger, fortalecer y acompañar el cuidado integral de la vida y la salud de las personas gestantes y las niñas y los niños en sus primeros 3 años.
Ley n. 27.635: Equidad en la representación de los géneros en los servicios de comunicación de la República Argentina	Sanción: 10/06/2021 Promulgación: 07/07/2021 Publicación: B.O. 08/07/2021	Promueve medidas de acción positiva que impulsen la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación por género y por la orientación sexual, para garantizar políticas de inclusión en el mundo del trabajo y promover espacios libres de violencia y acoso.

Norma	Año	Objetivo/s
Ley n. 27.636: Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins"	Sanción: 24/06/2021 Promulgación: 06/07/2021 Publicación: B.O. 08/07/2021	Establece que los tres poderes del Estado Nacional, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales y las empresas y sociedades del Estado deben ocupar, en una proporción no inferior al 1% de la totalidad de su personal, puestos de trabajo con personas travestis, transexuales y transgénero, en todas las modalidades de contratación regular vigentes.
Ley n. 27.696: PMO de las obras sociales nacionales. Abordaje integral de personas víctimas de violencia de género	Sanción: 27/10/2022 Promulgación: 09/11/2022 Publicación: B.O. 10/11/2022	Incorpora un protocolo para el abordaje integral de personas víctimas de violencia de género a través de la cobertura total e integral de las prácticas preventivas y terapéuticas al Programa Médico Obligatorio de las obras sociales nacionales
Ley n. 27.736: Ley Olimpia	Sanción 10/10/2023 Promulgación: 20/10/2023 Publicación B.O. 23/10/2023	Modifica la Ley 26.485, incorporando como modalidad de violencia a la mujer la violencia digital o telemática. Dispone medidas cautelares de protección a cargo de la justicia como, por ejemplo, la censura de contenidos violentos en las plataformas digitales.

Fuente: Elaboración propia.

3. Retroceso en materia derechos humanos de las mujeres: El Proyecto de Ley de “Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”

El pasado 27 de diciembre el Poder Ejecutivo de la Nación¹¹ envió al Congreso de la Nación el Proyecto de Ley señalado, también nominado “Ley ómnibus”¹².

El mismo propone grandes reformas al ordenamiento jurídico, que abarcan distintas materias: económicas, impositivas, energéticas, penales, electorales, laborales, civiles y comerciales, entre otras.

Por su parte, y en lo que aquí nos ocupa, y asimismo preocupa, nos centraremos en los retrocesos que se pretenden implementar en materia de los derechos humanos de las mujeres.

Si bien los cambios propuestos afectan varios aspectos de la vida, y por tanto de los derechos de las mujeres, nos enfocaremos en algunos de ellos, que coinciden con avances globales logrados en la materia, tales como: la paridad de género, la capacitación en materia de género, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y la transversalización de la normativa de género y su aplicación directa en el código de fondo.

A modo de encuadre de situación, comenzaremos señalando que, en el año 2019, como resultado de las luchas feministas y de las diversidades que demostraron que las desigualdades y violencias de género no son asuntos privados sino que de interés público y, por lo tanto, deben estar incluidos dentro de las políticas de Estado, se creó en Argentina el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad (en adelante, MMGyD) a través del Decreto 50/19.

A tres años de su creación, el MMGyD asistió a más de 1,5 millones de mujeres y personas LGBTI+ en situación de violencia o vulneración de sus derechos y financió 34 hogares y refugios para personas en situación de violencia de género. Acompañó económicamente a más de 258.000 mujeres y LGBTI+ por medio del Programa “Acompañar”

¹¹ A fin de contextualizar, se pone en conocimiento que el pasado 10 de diciembre, y a partir de un proceso eleccionario, asume la presidencia de Argentina una nueva fórmula, compuesta por Javier Milei junto a Victoria Villarruel como vicepresidenta. Los integrantes de la misma conforman el espacio político identificado como La Libertad Avanza, coalición recientemente fundada, de tendencia conservadora en materia social y cultural, y libertaria en aspectos económicos.

¹² Véase Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, 27 de diciembre, INLEG-2023-153324710-APN-PTE (27 de diciembre de 2023). Acceso el 15 de marzo de 2024. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf>

y, a su vez, asistió con apoyo económico a 665 familiares de víctimas de femicidios, travesticidio y transfemicidio. Asimismo, entre otras medidas, articuló 21.000 promotores territoriales en género y diversidad, con los que se fortalecieron las políticas en los barrios y en cada rincón de la Argentina (Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación 2023).

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) en su informe del año 2023 dirigido a nuestro país, reconoció que la institucionalidad de género en Argentina dio un salto cualitativo con la creación del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MESECVI 2023).

No obstante, por medio del decreto 86/2023 el MMGyD fue recategorizado a subsecretaría, bajo la órbita del Ministerio de Capital Humano. El presente es el punto de partida de los retrocesos que se pretenden implementar.

Volvamos a la denominada Ley Ómnibus.

3.1. *Ley n. 27.499 de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres - Ley Micaela*

En primer lugar haremos referencia al Título VII, Capital Humano, Capítulo I Niñez y Familia, Sección II del proyecto de Ley Ómnibus, en particular a la Reforma de la Ley N° 27.499 de Capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

La llamada "Ley Micaela", promulgada en enero de 2019, tiene como objeto la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

La Ley debe su nombre a Micaela García de 21 años de edad, víctima de femicidio, ocurrido en la provincia de Entre Ríos. El femicida contaba con una pena de 9 años por la violación de dos mujeres; sin embargo, se encontraba con el beneficio de libertad condicional al momento de la violación y femicidio de Micaela. El presente caso, representó un antes y un después en la sociedad argentina, generando conciencia sobre la necesidad de la implementación de la perspectiva de género no sólo en el poder judicial sino en los otros poderes del Estado.

La Ley Micaela propone una de las políticas de mayor cobertura en Argentina, alcanzando la formación y concientización a 230.730

autoridades para el año 2022. Desde su promulgación, adhirieron la totalidad de las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)¹³.

El cambio más significativo que propone el Proyecto de Ley se presenta en la modificación del objeto de la Ley Micaela –artículo 1–. La reforma reza: “Se establece la capacitación obligatoria en la temática violencia familiar y contra la mujer, para todas las personas que se desempeñen en la función pública en los organismos competentes en la materia”.

De su lectura, claramente se infiere que la modificación pretendida, desnaturaliza por completo el espíritu y objeto de la norma por dos cuestiones. Primero, reduce el ámbito de aplicación de la Ley a “los organismos competentes en la materia”. Es decir, que las personas destinatarias de la capacitación prevista en la Ley dejan de ser todas las personas funcionarias y empleadas públicas de los tres poderes del Estado, para limitar su alcance a quienes se desempeñen en organismos específicos. En segundo lugar, restringe el alcance de la capacitación a la “violencia familiar”. La modificación desconoce los estándares internacionales de protección integral contra todas las formas de violencias, no solo dentro del ámbito familiar. Ya la Ley n. 26.485 de Protección Integral frente a todas las Formas de Violencia contra las Mujeres receptaba dicho enfoque de derechos humanos que esta reforma pretende retrotraer (ELA 2024b).

3.2. *Ley n. 27.611 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia - Ley de mil días*

En el mismo título del Proyecto de Ley, específicamente a partir de su artículo 504, se plantea la reforma de la Ley n. 27.611 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

Esta Ley, también conocida como “Ley de mil días” fue sancionada el 29 de diciembre de 2020, junto con la Ley n. 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Recordemos que la génesis de la presente norma estuvo directamente relacionada con la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, mediante la cual se concretó el acceso al

¹³ Véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ley-micaela-mas-de-100-organismos-publicos-compartieron-avances-en-su-aplicacion>

aborto legal, seguro y gratuito, luego de largos años de lucha del movimiento de mujeres¹⁴.

La Ley de mil días tenía como objetivo:

“fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la malnutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia” (artículo 1).

La propuesta de reforma pretende modificar dicho artículo. En este sentido dispone:

La presente ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud de las madres en situación de vulnerabilidad y de los niños desde el momento de su concepción hasta los tres años; con el fin de reducir la morbimortalidad materno e infantil, la malnutrición y desnutrición, la protección y estimulación de los vínculos tempranos, y el desarrollo físico y emocional.

Aquí son varios los puntos a señalar. En primer término, el texto del Proyecto pretende suprimir una obligación fijada al Estado. Así se elimina la frase “en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas”. Lo expuesto desnaturaliza por completo las mandas constitucionales - convencionales que operan en nuestro ordenamiento jurídico, que a la fecha se encuentran vigentes.

¹⁴ Es importante señalar que, previo a la sanción de la Ley n. 27.610, Argentina regulaba dos causales de aborto no punible en los inc. 1° y 2° del antiguo artículo 86 del Código Penal de la Nación. Por tanto, el aborto no era punible cuando era realizado por profesional diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada si: 1) se efectuaba con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la misma y si este peligro no podía ser evitado por otros medios; 2) si el embarazo provenía de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer “idiota o demente”. En este caso, el consentimiento de su representante legal debía ser requerido para la realización de la práctica. Tales causales se mantienen en el ordenamiento penal, con las modificaciones introducidas por el precedente de la CSJN “F.A.L.” (véase SCSJN, 259: XLVI, de 13 de marzo de 2012) y la posterior sanción de la Ley n. 27.610. Es decir, Argentina cuenta con interrupción legal y con interrupción voluntaria del embarazo.

Asimismo, en el artículo 505 del Proyecto se sustituye el artículo 3 de la Ley n. 27.611, reemplazando la enunciación de los “principios rectores” de la misma por “objetivos”. Además, se elimina la aplicación complementaria de la Ley n. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y de la Ley n. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Cabe aclarar que los principios rectores son directrices o guías de interpretación de las normas, siendo estos en el caso de la Ley de mil días las directrices emanadas por la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, junto con las interpretaciones desarrolladas por sus respectivos comités. A estos principios se han comprometido los Estados parte y resultan vinculantes para nuestro país.

Es decir, la nueva redacción propuesta, al referirse a “objetivos” en lugar de “principios rectores”, implicaría para el Estado meramente la consecución de “metas”, dejando de lado los compromisos asumidos en materia de derecho internacional de los derechos humanos, convirtiéndolo tan sólo en un “supervisor” del cumplimiento de los objetivos programáticos de la Ley, desligándolo de su responsabilidad como garante final de tales derechos.

Al respecto, es importante señalar que el Comité de los Derechos del Niño (2013), en su Observación General n. 15, sostuvo que la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas con la maternidad “constituyen graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y amenazan gravemente su propio derecho a la salud y el de sus hijos” y ha instado a los Estados parte a garantizar el acceso universal a un conjunto completo de intervenciones en materia de salud sexual y reproductiva, basado en el concepto de atención ininterrumpida desde el período anterior al embarazo, durante el embarazo y el parto, y hasta el período posterior al parto.

También los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) incluyen en sus metas de la Agenda 2030 la reducción de la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100.000 nacidos vivos (objetivo 3.1).

También, y no menos importante de señalar, resulta ser la supresión que pretende el Proyecto del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, y personas gestantes en su artículo 505.

Tal principio está reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 5, 12, 14 y 27) y fue receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación, siendo esencial para

equilibrar el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, como agentes activos de su desarrollo, con derecho a ser escuchados y respetados, pero a la vez como sujetos con necesidades de protección, guía y cuidado por parte de los adultos a cargo. De esta forma, la autonomía progresiva sienta las bases para una comprensión holística de la capacidad de agencia de niños, niñas y adolescentes, sin exponerlos de manera prematura a responsabilidades propias de la edad adulta (UNICEF 2022).

Por otro lado, también se puede destacar una deliberada afectación a la perspectiva de género en las modificaciones propuestas al lenguaje utilizado. Así, el proyecto modifica la denominación “niño o niña” por solamente “hijo”, y se agrega al “niño por nacer” como sujeto de derecho. Dichos cambios contrarían los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, al emplear un lenguaje que no es acorde con estos. La Organización de las Naciones Unidas, particularmente desde la iniciativa de ONU Mujeres y en el marco del proyecto “Contribución a la igualdad de género en contextos multilingües” ha puesto a disposición diversas herramientas para el empleo del lenguaje inclusivo en cuanto al género (ONU 2017).

A su vez, se suprime la denominación “personas gestantes”, limitando el alcance de la Ley a las “madres embarazadas y niños en situación de vulnerabilidad”, invisibilizando así a las disidencias y excluyendo a estas identidades de la protección que brinda la Ley de Mil Días. Recordemos que el concepto de “persona gestante” fue introducido en el proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y Ley de Mil Días “invocando la Ley n. 26.743 que reconoció el derecho a la identidad autopercebida y con ello, la posibilidad de gestar por fuera de la hegemonía de la biología”, incorporando la perspectiva de género y también de diversidad” (Deza 2021).

Retomando la figura del “niño por nacer”, debemos señalar que el ordenamiento jurídico argentino no le otorga a la persona por nacer la misma protección que a las infancias, partiendo de que el Código Civil y Comercial establece que los derechos y obligaciones se adquieren a partir del nacimiento con vida (artículo 21). Dicho criterio fue sostenido por la Corte Suprema de la Nación en el fallo “F.A.L s/ Medida autosatisfactiva” del 13 de marzo de 2012 (SCSJNI 335:197), y por el máximo tribunal regional, la Corte IDH, intérprete final de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica” del 28 de noviembre de 2012 (SCIDH Serie C. No. 257), ambos precedentes que tratan sobre la protección de la vida en gestación, y el respeto a los derechos reproductivos de la persona gestante.

Por último, cabe señalar que la restricción a los derechos que realiza el Proyecto, limitando el alcance de la Ley a la “vulnerabilidad de la madre y el niño”, sin definir esta condición, constituye una categoría sospechosa, situación prohibida por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 1).

Por lo antes expuesto, queremos resaltar que la Ley n. 27.611 procuró proteger los derechos garantizados a los niños, niñas y adolescentes, así como a las personas gestantes, propiciando un análisis del derecho a la salud, entendida de manera integral¹⁵, y como una forma de prevenir las distintas formas de violencias. No obstante, observamos que el Proyecto de Ley lo que pretende es la total eliminación de la perspectiva de género e infancias, desnaturalizando por complemento la norma en cuestión, así como pretende desligar al Estado de sus compromisos internacionales, lo que implica una regresión de los derechos adquiridos.

3.3. Ley n. 19.945 - Código Electoral Nacional

El proyecto de Ley en su Título IV –Interior, Ambiente, Turismo y Deporte–, Capítulo I –del sistema electoral– en su Sección I plantea una reforma al Código Electoral Nacional (Ley n. 19.945).

Particularmente, elimina las elecciones primarias abiertas simultáneas y obligatorias y establece un sistema de elección de diputados/as nacionales en base a circunscripciones uninominales. Estas últimas permitirán elegir a una sola persona candidata titular y una suplente. Si bien la propuesta de reforma establece que estas deberán ser de distinto género, las listas son en general encabezadas por varones, lo que en la realidad podría llegar a traducirse en un retroceso en materia de paridad.

Lo anterior es incompatible y dificulta la implementación de la Ley n. 27.412 sobre Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política, la cual en el año 2017 introdujo al Código Electoral Nacional

¹⁵ Entendida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” cf. OMS (1946).

como modificación a su artículo 60 *bis* un valioso criterio de paridad de género, al disponer que:

las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

En efecto, la modificación propuesta en el Proyecto de Ley deja en cabeza de los partidos políticos decidir que las mujeres encabezen las listas o no, lo cual tendrá inevitables consecuencias negativas en los porcentajes de su participación. Así lo ha demostrado la práctica: en aquellas provincias argentinas que cuentan con listas uninominales para las elecciones, el porcentaje de mujeres que encabezan las listas no superan el 30% (ELA 2024a). Ello implica una exclusión de las mujeres de los espacios de toma de decisión y un efecto negativo en la representatividad de las minorías, lo cual va en contra de la manda constitucional que dispone que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” (artículo 37), así como de los compromisos internacionales asumidos por Argentina.

En este sentido, la Plataforma de Acción de Beijing en su punto 190 enuncia como medida a adoptar por los gobiernos el “comprometerse a establecer el objetivo del equilibrio entre mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales (...) a fin de aumentar sustancialmente el número de mujeres con miras a lograr una representación paritaria de las mujeres y los hombres, de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la administración pública”, así como “adoptar medidas, incluso, cuando proceda, en los sistemas electorales, que alienten a los partidos políticos a integrar a las mujeres en los cargos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en las mismas categorías que los hombres”.

Actualmente, conforme el proyecto de “Mujeres en el Poder” impulsado por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), el porcentaje de mujeres y varones que ocupan cargos en cada uno de los tres poderes del Estado argentino a nivel provincial y nacional es de: Poder Ejecutivo: 50% mujer y 50% varón; Ministerios: 22,2% mujer y 77,8% varón; Poder Legislativo: 44,4% mujer y 55,6% varón; Cámara de Diputados/as: 44,7% mujer y 55,3% varón; Cámara de Senadores/

as: 43,1% mujer y 56,9% varón; Corte Suprema de Justicia: 0% mujer y 100% varón; Justicia Electoral: 41,3% mujer y 58,7% varón (20% de juezas federales con competencia electoral)¹⁶.

“La paridad reconcibe la democracia misma y su propuesta implica una transformación permanente del sistema electoral” (Bareiro 2012, 81). La aprobación de la reforma que propone el Proyecto de Ley indudablemente implicaría un retroceso en la protección de este derecho y el garantizar la pluralidad de voces.

3.4. *Ley n. 26.994 - Código civil y comercial de la nación*

El capítulo III del Proyecto de Ley incorpora –a partir de su artículo 435– la figura del divorcio administrativo. Instituto por medio del cual se permite la disolución del matrimonio a través de una presentación ante el órgano administrativo que lo celebró.

Más allá de otras valoraciones que merezca este novedoso instituto de divorcio extrajudicial, en lo que nos concierne, la falta de intervención judicial y, consecuentemente, de asistencia letrada, tiene ciertas implicancias en lo que respecta a la figura de la compensación económica. Tal figura fue regulada en el año 2015 por el ordenamiento de fondo como un efecto emergente del divorcio.

La compensación económica permite que el/la cónyuge a quien el divorcio y/o cese de la unión convivencial le produzca un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial/la unión y su ruptura, tiene derecho a una compensación. El presente instituto ha sido pensado con una clara perspectiva de género, en tanto tiene como objetivo equilibrar las relaciones familiares y evitar el desamparo de la parte más débil –la mujer– tras la ruptura del vínculo matrimonial o el cese de la convivencia.

Cabe asimismo aclarar que la figura en análisis, tiene un plazo de caducidad de seis meses desde la sentencia de divorcio y/o cese de la convivencia. Por ende, “el plazo para peticionar la compensación económica es breve, y evaluar la pertinencia o no de este reclamo de claro tinte jurídico implica, necesariamente, contar con el consecuente acompañamiento profesional a los fines de decidir si, efectivamente, se está ante una situación que habilita solicitar este reclamo judicial o no” (de la Torre y Herrera 2024).

¹⁶ Véase: <https://www.mujeresenelpoder.org.ar/>

La falta de asesoramiento jurídico provocaría que aquellas mujeres que han visto afectadas sus posibilidades de inserción laboral debido a dedicar más tiempo al trabajo no remunerado desconozcan la posibilidad de solicitar esta compensación, agravando su situación de vulnerabilidad.

En esta línea se advierte que al pretender que el órgano administrativo –Registro Civil–, que no garantiza ningún control, lleve adelante un divorcio, expone a las mujeres a situaciones sin el debido asesoramiento y sin tener en cuenta que muchas atraviesan situaciones de violencias, acentuando entonces la desigualdad de poder.

En conclusión, puede afirmarse que “el proyecto divorcio administrativo no tiene en cuenta que son múltiples cuestiones las que se plantean en el caso de una separación y prescindir del asesoramiento jurídico deja en clara desventaja a la parte más vulnerable”¹⁷.

Breves reflexiones finales

El desarrollo del presente ha permitido demostrar la centralidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino y en la jurisprudencia del máximo Tribunal.

Por su parte, los recientes cambios normativos propuestos, parecen implicar fuertes retrocesos en materia de derechos humanos de las mujeres y más aún de las disidencias.

Ahora bien, luego de un arduo debate en la Cámara de Diputados de la Nación, y de haber sido aprobado en general, recientemente el Proyecto de Ley bajo análisis regresó por indicación del Presidente de la Nación, y ante la imposibilidad de aprobar sus principales artículos, a la instancia de Comisión. Es decir, la aprobación en general que el Proyecto de Ley emanado del Poder Ejecutivo Nacional había alcanzado, quedó sin efecto. Al margen de tal mecanismo y/o estrategia utilizada por el Poder Ejecutivo, lo cierto es que el panorama en materia de derechos humanos de las mujeres no pareciera revertirse.

En dicha línea, y dado el contexto que atraviesa nuestro país, el Comité de Expertas del MESECVI lamentó la degradación del MMGyD

¹⁷ Acceso el 15 de marzo de 2024 <https://www.cpacf.org.ar/noticia/6009/abrazar-las-ideas-de-la-constitucion>

al rango de subsecretaría, y emitió un comunicado instando a las autoridades argentinas a

no solo garantizar la continuidad de las instituciones, normas y mecanismos que protegen a las mujeres, sino a continuar fortaleciendo la institucionalidad de género en el país en cumplimiento con sus obligaciones internacionales. Asimismo, en medio de un clima de crispación en torno a estas medidas, se hace un llamado a garantizar un debate plural, democrático y libre de violencias, en especial contra las mujeres con voz pública que son objeto de ataques basados en su género (MESECVI 2024).

Por último, y tal como surge del Informe de la Brecha Global de Género, publicado periódicamente por el Foro Económico Mundial desde el año 2006, y que tiene por objeto medir el margen de la brecha de género de cada país analizando la división de los recursos y las oportunidades entre varones y mujeres, Argentina ha logrado reducir históricamente tal brecha, iniciándose en el puesto 41 y encontrándose actualmente en el puesto 36¹⁸.

Lo anterior, permite concluir que la normativa nacional e internacional vigente en un Estado es un importante recurso a la hora de evitar regresiones y/o retrocesos en materia de derechos humanos en general y de derechos humanos reconocidos a los grupos históricamente vulnerabilizados, como mujeres, niñas y disidencias en particular. No obstante, las decisiones y políticas públicas asumidas por los mismos Estados en diferentes momentos históricos, pueden poner en riesgo los logros normativos, las prácticas adquiridas y los derechos alcanzados.

Bibliografía

- Bareiro, Line. 2012. «Avances importantes y persistentes discriminaciones: a los derechos políticos de las mujeres», *Cuadernos de CAPEL* 57, 81-93.
- Comité de los Derechos del Niño, «El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)» (Observación general No. 15, 17 de abril de 2013), CRC/C/GC/15, § 51.
- Deza, Soledad. 2021. «Parir el derecho a abortar», *RDF Revista Derecho de Familia*, edición extraordinaria (marzo 2021), 77-94.

¹⁸ Véase <https://datosmacro.expansion.com/demografia/indice-brecha-genero-global/argentina> donde se encuentra una recopilación histórica de estos informes en relación con la Argentina.

- ELA. 2024a. *Análisis del proyecto de Ley Ómnibus: Reforma del sistema electoral en contra de la paridad de género*. Acceso el 31 de mayo de 2024. https://ela.org.ar/wp-content/uploads/2024/01/Ley-Omnibus-Paridad-de-genero_ELA.pdf
- ELA. 2024b. *Análisis del proyecto de Ley Ómnibus: Reforma de la Ley N° 27.499 Ley Micaela y un paso en el desconocimiento de la violencia de género*. Acceso el 31 de mayo de 2024. https://ela.org.ar/wp-content/uploads/2024/01/Ley-Omnibus-Ley-Micaela_ELA.pdf
- Facio, Alda y Lorena Fries. 1999. «Feminismo, género y patriarcado», *Género y Derecho* 17.
- Herrera, Marisa. 2023. «Repensar los conflictos socio jurídicos desde la igualdad de géneros: una agenda jurídica incómoda y urgente», *Microjuris: Revista GEDS* 4, 85-103.
- MESECVI. 2024. *Comité de Expertas expresa preocupación por retroceso en la institucionalidad de las mujeres en Argentina*, 22 de febrero. Acceso el 31 de diciembre de 2024. <https://belemdopara.org/wp-content/uploads/2024/02/Comunicado-Argentina-Institucionalidad.pdf>
- MESECVI. 2023. *Informe sobre la visita de asistencia técnica en materia de violencia contra las mujeres en la vida política en Argentina*. Acceso el 31 de mayo de 2024. <https://belemdopara.org/argentina-informe-sobre-la-visita-de-asistencia-tecnica-en-materia-de-violencia-contra-las-mujeres-en-la-vida-politica-mesecvi-2023/>
- Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación. 2023. *El Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación en números: diciembre 2019-diciembre 2022*. Acceso el 31 de mayo de 2024. <https://www.argentina.gob.ar/generos/el-ministerio-de-las-mujeres-generos-y-diversidad-de-la-nacion-en-numeros>
- OMS. 1946. *Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 22 de julio.
- ONU. 2017. *Lenguaje inclusivo en cuanto al género*. Acceso el 15 de marzo de 2024, <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/>
- Torre, Natalia de la y Marisa Herrera. 2024. *Proyecto de Ley 'ómnibus' - Divorcio administrativo y una justificación falaz*. Acceso el 31 de mayo de 2024. <http://www.colectivoderechofamilia.com/proyecto-de-ley-omnibus-divorcio-administrativo-y-una-justificacion-falaz/>
- UNICEF. 2022. *El enfoque basado en los derechos de la niñez*. Chile: Santiago.

Unveiling the right to self-transformation and self-enhancement: exploring Transhumanism and its impact on human rights and the future of humanity

Desvelando el derecho a la autotransformación y la mejora de uno mismo: explorando el transhumanismo y su impacto en los derechos humanos y el futuro de la humanidad

Lisang Nyathi 

University of Trento, Italy

lisangnyathu@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0515-3201>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3072>

Submission date: 22.05.2023

Approval date: 18.11.2023

E-published: June 2024

Citation / Cómo citar: Nyathi, Lisang. 2024. «Unveiling the right to self-transformation and self-enhancement: exploring Transhumanism and its impact on human rights and the future of humanity.» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 119-147. <https://doi.org/10.18543/djhr.3072>

Summary: Introduction. 1. Transhumanism: How it started, where and what it is? 1.1. Analysis. 2. Exploring the core values and objectives of Transhumanism. 2.1. To overcome human limitations. 2.2. Transhumanism anticipates the emergence of a post-human state. 3. Critiques of Transhumanism. 3.1. Practical criticism (viability and realism). 3.2. Socio-legal criticism. 3.3. Moral or ethical criticism. 4. Analysing transhumanism and the concept of international human rights. 4.1. Human rights are indirectly invoked to reshape the current human condition. 4.2. A new set of rights is proposed to fully realise the new being (the enhanced man). 4.3. Transhumanism is a movement about the Rights of Individuals, not essentially Human rights in a collective sense. Conclusion. Bibliography.

Abstract: The time to discuss, contemplate and philosophize about Transhumanism has inevitably come. Thanks to technology which continues to transform human lives in enormous ways. The length at which technology can go, and how far it can take humans is what transhumanism as a philosophy aims to explore. The significance of studying transhumanism lies not in personal beliefs but in the necessity to confront the profound questions surrounding technology's influence on human life. Understanding

transhumanism has become crucial in the contemporary world because radical transformations through technology are already underway. Consequently, contemplating transhumanism prompts critical thinking about the trajectory of humanity in the face of advancing technology. This exploration raises fundamental questions about the protection of human rights in an era where individuals are willing to undergo radical transformations. An intriguing question emerges about the reception of transhumanism: Could or should it be considered a right to which individuals may be entitled?

Keywords: Advanced technologies, transhumanism, human enhancement, self-transformation, human rights, humanity.

Resumen: El momento para debatir, contemplar y filosofar sobre el transhumanismo inevitablemente ha llegado. Y ello gracias a la tecnología, que sigue transformando de forma importante la vida humana. El transhumanismo como filosofía pretende explorar hasta dónde puede llegar la tecnología y hasta dónde puede llevar a las personas humanas. La importancia de estudiar el transhumanismo no radica en las creencias personales, sino en la necesidad de afrontar las profundas cuestiones que rodean la influencia de la tecnología en la vida humana. Comprender el transhumanismo se ha convertido en algo crucial en el mundo contemporáneo, porque ya se están produciendo transformaciones radicales a través de la tecnología. En consecuencia, contemplar el transhumanismo suscita un pensamiento crítico sobre la trayectoria de la humanidad ante el avance de la tecnología. Esta exploración plantea cuestiones fundamentales sobre la protección de los derechos humanos en una era en la que los individuos están dispuestos a someterse a transformaciones radicales. Una pregunta intrigante emerge en torno a la recepción del transhumanismo: ¿podría o debería considerarse un derecho al que pueden acogerse los individuos?

Palabras clave: Tecnologías avanzadas, transhumanismo, mejora humana, autotransformación, derechos humanos, humanidad.

Introduction

The rate at which the world is evolving places the future of humanity in between two visions. On one hand, there is a reason to be optimistic about a better tomorrow. On the other hand, there are glimpses of change that incite concern and lamentation amidst these swift transformations. Uncertainty has always surrounded the future, but with scientific innovations and emerging technologies, the path ahead becomes even more uncertain and blurry. Throughout the course of human evolution, it is evident that change and progress are deeply ingrained desires. However, history teaches that not all changes are desirable or worthy of embrace. In the realm of evolution, transhumanism emerges as a philosophical approach that envisions a radical future for humans using scientific innovations and technological advancements. Nevertheless, transhumanism also faces criticism for its disregard for human nature and its aspirations to fundamentally reshape it. In light of these considerations, the question arises: Where should transhumanism be positioned? Is it a beacon of hope for humanity, or does it signify the potential demise of human essence?

In a world where human rights are universally recognized as inherent to the essence of every individual, how should one approach the philosophy of transhumanism? What are the reasons for raising objections to transhumanism's agenda of human enhancement through science and emerging technologies? These questions lie at the heart of this paper, which aims to explore, analyse, and clarify the concept of transhumanism. To achieve this goal, the paper is structured into various sections, each focusing on specific aspects. To begin with, a historical inquiry into the origins of Transhumanism is conducted to provide a comprehensive understanding of its significance. It becomes evident that transhumanism has evolved as a philosophical and cultural movement, lacking a universally agreed-upon definition. Nonetheless, by examining the perspectives of its advocates and prominent figures, common elements can be identified that form the core of its essence.

Furthermore, this paper will delve into the values and objectives of transhumanism, aiming to shed light on the true agenda that Transhumanists advocate for, as reflected in their literature and advocacy efforts. By examining their intentions and goals, it becomes apparent that the accusations levelled against Transhumanists do not always align with their actual positions. Additionally, this paper will address various criticisms raised by opponents of transhumanism, offering a comprehensive understanding of the dynamics within, and

surrounding this philosophical movement. Through this analysis, it becomes evident that objections to transhumanism are not solely grounded in valid concerns; while some criticisms hold merit, others stem from underlying misconceptions and a lack of understanding.

Additionally, this paper will examine the impact of transhumanism on the concept of Human Rights and explore the relationship between these two ideas. It will investigate whether Transhumanists approach human enhancement in a manner that aligns with current standards of International Human Rights Law, or if there exists a level of compatibility and potential influence between the two concepts. Through this analysis, the paper will formulate three statements that encapsulate the connection between transhumanism and human rights.

In conclusion, the central message conveyed is that despite some individuals' reluctance to engage with or consider transhumanism, a thorough examination of this philosophy is crucial for a comprehensive understanding of its implications. Making an informed objection or acceptance of transhumanism necessitates a comprehensive study. This paper argues that while not all of transhumanism's goals may be achievable, it does not rule out the possibility of others. If any of these goals were to be realized, the future of humanity would face significant challenges and transformations.

1. Transhumanism: How it started, where and what it is?

The origin of the term transhumanism remains a subject of scholarly debate. However, it is widely acknowledged that Dante Alighieri (1265-1321)¹ was the first to use a similar term '*transumanare*' in his renowned work *La Divina Commedia*². Nevertheless, according to Walker and Solana, Dante's usage of the term differs significantly from its contemporary understanding (Walker and Solana 2015, 3). In Dante's context, as More (2013) explains, the term held religious and spiritual connotations. Present-day transhumanism, on the other hand,

¹ Dante Alighieri an Italian poet, writer, and philosopher is renowned for his magnum opus "*La Divina Commedia*" (The Divine Comedy), which features the earliest known usage of the term "transumanare", meaning to transhumanize. See: <https://www.biography.com/writer/dante>.

² According to Google Books website, Dante's book has been selected by scholars as being culturally important, and part of the knowledge base of civilization. This explains why the origins of Transhumanism are traced to this work.

is grounded in science and technology, detached from religious connotations. In fact, Vernon (2021) argues that the term transhumanism has been colonised by technologists envisioning utopia³.

Etymologically, transhumanism is believed to stem from the Italian verb 'transumanare', which means "to go beyond the human condition and perception."⁴ Max More (2013) states that Dante Alighieri used the term *transumanare*, to signify the surpassing of the human⁵. Vita-More (2019), a transhumanist, suggests that the English translation is "to transhumanate or transhumanize". Thus, while the meaning of the term (transhumanism), has evolved over time, it is evident that Dante Alighieri's contributions shaped not only the understanding of the human body and mind but have also influenced contemporary scientific thought.

Furthermore, the contemporary understanding of transhumanism can be traced back to Julian Huxley's influential essay in 1957, which laid a solid foundation for the comprehension of this term. In his essay on Transhumanism, Huxley (1957, 13-17) presented transhumanism as a belief in the potential of new possibilities for humanity and the future, driven by emerging technological advancements. He explicitly stated, "I believe in transhumanism" (Huxley 1957, 17). Therefore, during that period, transhumanism was primarily a belief system. Max More (2013) contends that Dante Alighieri did not develop this evolutionary perspective into a philosophical position, as his usage of the term came to light years later after the term had independently been coined as part of the contemporary Transhumanist movement (More 2013).

Nonetheless, Huxley's essay provides a significant understanding of transhumanism. He describes transhumanism as "man remaining man, but transcending himself, by realizing new possibilities of and for his nature" (Huxley 1957, 17). This view of transhumanism provokes and has sparked various reactions, especially regarding the extent to which human enhancement can be achieved. However, despite its loopholes,

³ For some people, transhumanism is a mere utopian ideology, whereas for others, like Llano (2019, 39) "the transhumanist movement is much more than a simple utopia."

⁴ While the precise origins of transhumanism remain a subject of debate among scholars, a considerable body of literature and scholarly research associates the etymology of the term with Dante's Divine Comedy. For instance, Webb (2016) explores this connection, discussing the ethical implications of transhumanism within the context of Dante's work.

⁵ In the words of Max More (2013, chapter 1), "Dante Alighieri uses the term *transumanare*, meaning to pass beyond the human".

it encapsulates a crucial idea that has played a significant role in the development and dissemination of this philosophical movement surrounding human modification. In contemporary times, Transhumanists aspire to redesign human life and pursue radical reconfigurations, thus expanding upon Huxley's original vision of transhumanism. Notably, Huxley's perspective does not portray transhumanism as a philosophy that envisions a transformation beyond humanity, in the sense of post-humanity (Huxley 1957).

Before delving deep, it is paramount to adhere to this definition and analyse its implications on the contemporary concept of transhumanism. Firstly, it can be observed and understood from Huxley (1957) that the objective of transhumanism is to enhance rather than destroy humans. Therefore, transhumanism, in this sense, entails a strong optimistic belief in a better future for humanity through technology. Huxley's (1957, 15) assertion that "scientific and technical explorations have given Common Man all over the world a notion of physical possibilities", indicates that the true origin of this idea, philosophy and worldview is predominantly driven by the scientific revolution and technological advancement. Consequently, it follows that when transhumanism is discussed nowadays, transhumanists emphasize the potential influence that technology can have or bring about on humanity and its future. Supporting this notion, Graham (2002, 65) defines transhumanism as "a futuristic philosophy which celebrates the potential of advanced technologies to augment human functioning to unprecedented degrees, ushering in a new phase of 'posthuman' evolution". Thus, one can argue that this philosophy of transhumanism serves as a form of acknowledgement of the significance of technology and its envisioned capabilities in shaping human life.

Simultaneously, transhumanism represents a new paradigm for thinking about humankind's future (Bostrom 2001a). Expanding on this, transhumanism can be viewed as a concept that examines both the present and the future, making it a presentist concept with strong forward-looking values and principles. It is present because we currently reside in an era where technology plays a huge part in our lives. Furthermore, it is forward-looking because it embraces an optimistic belief that, in the future, biotechnology could be utilized to transcend human limitations and enhance human condition.

Vita-More (2019, 49) defines transhumanism as a philosophy that

deals with the fundamental nature of reality, knowledge, and existence. As a worldview, it offers a cultural ecology for

understanding human integration with technology. As a scientific study, it provides the techniques for observing how technology is shaping society and the practice for investigating ethical outcomes.

Thus, simply put forward, transhumanism can be understood as a multifaceted term encompassing three key aspects; it is a philosophy, worldview, and scientific study⁶, all focused on exploring new possibilities through technology to enhance or transcend the human condition. Nevertheless, it is important to acknowledge that as noted by Trippet (2018) “transhumanism has come to connote different things for different people, from a belief system to a cultural movement, a field of technological fantasy”. Therefore, it can be argued that how one views and where he or she places transhumanism, whether as a worldview, philosophy or a scientific study reflects the value one attaches to this concept⁷.

Max More (1990, 1) defined transhumanism as “a class of philosophies of life that seek the continuation and acceleration of the evolution of intelligent life beyond its current human form and human limitations by means of science and technology”. It is important to note that Max More is credited with formalizing the transhumanism doctrine through the “Principles of Extropy”⁸ (Tirosh-Samuelson 2009) and that his definition of transhumanism highlights the role of technological innovations and scientific study. Transhumanists perceive human nature “as a work-in-progress, a half-baked beginning that we can learn to remould in desirable ways” (Bostrom 2003b, 493). They view the current human condition as incomplete and believe that transhumanism offers the potential to embrace a more advanced form of humanity. Hence, for Transhumanists, transhumanism offers the possibility to be more humane. In fact, Bostrom (2003c, 4) emphasizes that “Transhumanism is a way of thinking about the future that is based on the premise that the human species in its current form does not represent the end of our development but rather a comparatively

⁶ For Llano (2019), transhumanism is “a scientific and philosophical project”, advocating for the use of advanced technologies to significantly increase “the physical, cognitive, sensory, moral and emotional capabilities of human beings”.

⁷ However, the lack of a universally recognised definition of transhumanism leads to confusion and misinterpretation which hinders meaningful discourse. Without clear consensus, different individuals may have disparate understandings of transhumanism, making it challenging to address its ethical, human rights and social implications, broadly.

⁸ See generally Max More (2004).

early phase". Thus, in this way transhumanism can be understood as a project seeking for human development.

In addition to the above definitions, the Humanity Plus Organization's⁹ presents two formal meanings of transhumanism. Firstly, transhumanism is described as,

The intellectual and cultural movement that affirms the possibility and desirability of fundamentally improving the human condition through applied reason, especially by developing and making widely available technologies to eliminate ageing and to greatly enhance human intellectual, physical, and psychological capacities.

Secondly, transhumanism is also defined as,

The study of the ramifications, promises, and potential dangers of technologies that will enable us to overcome fundamental human limitations and the related study of the ethical matters involved in developing and using such technologies. (Humanity Plus Organization n.d.).

Therefore, in this perspective, transhumanism aims to challenge the traditional norms regarding human life, the human body, and human nature, empowering individuals to actively shape their own future. It is no surprise that Souza (2020) considers transhumanism as "a constant search for biological rearrangement of human species dissatisfied in the face of its own limitations."

1.1. *Analysis*

As demonstrated above, there is no consensus on the exact definition of transhumanism. Consequently, it is easy and common to associate transhumanism, with notions that are not truly constitutive of what it is, hence the need to pay attention. The meaning of transhumanism continues to evolve and change with time due to several factors. In this process and in the history of its development transhumanism continues to emphasize certain aspects while at the same time leaving a few things less attended to or clarified. Its roots

⁹ Humanity+ is a non-profit international educational organization that advocates the ethical use of technologies and evidence-based science to improve the human condition. It was formerly called the World Transhumanist Association. For more information see: <https://www.humanityplus.org/>.

are much more complex and deeper than what has been presented in this paper, thus, transhumanism is not a philosophy that sprung from nowhere. It has a history, and from what has been said so far, it is a consequence of human evolution and comes as a quest stemming from the desire of other human beings to explore and fully discover their nature with the help of science and emerging technologies. Hence, even though there is no one uniform way to explicate its meaning, it is sufficient and accurate to assert that at the core of transhumanism are science and technological innovations. However, the problem is not science or these envisaged technologies but the human desire, that of the Transhumanists which aims beyond the boundaries of human limitations. The very idea that the philosophy of transhumanism does not believe in human limitations is what undermines its essence and makes it way too ambitious, what others have called utopia¹⁰. Hence, this school of thought, at present, fails itself in failing to explain its limitations because it is too obsessed with perfection, something that is inherently beyond human attainment. Technology cannot eliminate every human imperfection; these will persist despite technological advancements. This is the truth to be accepted by advocates of transhumanism. Nevertheless, it is still useful to consider what they have to say and how this may impact human rights and the future of humanity.

2. Exploring the core values and objectives of Transhumanism

For transhumanism is more than just an abstract belief that we are about to transcend our biological limitations by means of technology; it is also an attempt to re-evaluate the entire human predicament as traditionally conceived. (Bostrom 2001a)

Having provided a general definition of transhumanism, it has become clear what the philosophy of transhumanism is and how it came about. Be that as it may, this is not the whole story, it is just the beginning, thus the next questions that this paper now deals with are: What are the goals and values of Transhumanism? And why it matters? As Bostrom (2001a), in the above quote emphasizes that transhumanism is not just a form of ordinary philosophy or a mere worldview, it is a futuristic vision that challenges conventional

¹⁰ For criticism of transhumanism as a utopian ideology see e.g., Déchamp-Le Roux (2016). See also, Roberto Paura (2016).

conceptions about the human condition and limitations. Bostrom (2001) essentially points out that “Transhumanism is not only an area of study but also a worldview that has a value component”. By exploring the objectives of transhumanism, we can gain insight into the significance of this movement and its potential impact on human development and society.

Given its multifaceted nature, it is not surprising that transhumanism encompasses various perspectives and agendas, making it a complex philosophy. It is for this reason that More (2013, 26) contends that “to write about transhumanism is a little daring”. Likewise, McCollum (2015, 5) argues that “when we discuss Transhumanism. We are not referencing a topic that is as simple as its definition...”. Thus, the controversy surrounding transhumanism extends beyond its definition and delves into the diverse ideologies within the transhumanism project. Consequently, there are multiple grounds and approaches through which transhumanism is advocated. While there is, strictly speaking, no clear-cut distinction between transhumanist advocates and theorists, it is possible to differentiate between those who envision radical changes, such as those who support technological singularity, and those who view transhumanism as a possibility to improve the human condition without radically challenging its current state. More’s perspective aligns with the latter, as he acknowledges that “others expect technology to advance at different rates in various sectors and to go through faster and slower periods...” (More 2013, chapter 1).

Due to the lack of consensus within the transhumanism movement itself, addressing the goals of transhumanism is not a straightforward task. Nevertheless, it is possible to identify certain shared core elements that constitute transhumanist worldview. Despite this, misconceptions about the true intentions of transhumanism and its advocates persist and are fuelled by misinterpretations of its agenda. Critics of transhumanism have often based their objections on flawed interpretations rather than justified concerns. This paper argues that transhumanism has two primary goals: firstly, the desire to overcome human limitations and secondly, the aspiration to ultimately transition into a posthuman state. However, these goals should not be understood as the sole definitive objectives of transhumanism and should not be extrapolated beyond the scope of this research, as doing so might lead to a misinterpretation of the philosophy of transhumanism.

2.1. *To overcome human limitations*

First and foremost, transhumanism aims at overcoming human limitations. Bostrom (2003b, 6) highlights that the focus of transhumanism is “on those technologies that either pose a threat to the survival of the human civilization or, in contrast, promise to create opportunities for overcoming fundamental human limitations”. Transhumanists often emphasise the concept of “human limitations” as they advocate for transforming or enhancing human life beyond its current state. This distinction between transhumanism and secular humanism is significant for Bostrom (2003b), as he believes that transhumanism encompasses not only traditional means of improving the human condition but also the utilization of science, technology, and empirical methods to enhance the physiological aspects of the human organism¹¹. It is understandable why Bostrom (2003b) as an Oxford philosopher and co-founder of Humanity Plus takes this stance, as he views our current condition as “a half-baked project”¹².

Transhumanism proponents perceive themselves as participants in a project aimed at surpassing the inherent limitations of human nature. These limitations, which they seek to overcome are aptly described by More who asserts that transhumanism is a school of thought that “refuses to accept traditional human limitations such as death, disease and other more biological frailties”¹³ (More, 1990). In this sense, when discussing transhumanism, its advocates argue that technology can be employed to conquer death, leading to extended lifespans and improved overall health. In fact, the Transhumanist Manifesto initially published in 1993 and revised in 2020, proclaims that challenging the human condition involves recognizing ageing as a disease and deems augmentation and enhancement of the human body and mind as

¹¹ The Traditional means (such as education and cultural refinement) of improving human nature are not considered by the Transhumanists to be the best techniques, rather the application of science and advanced technologies is regarded as the best mechanism to fully transform human nature.

¹² See generally More (1990), discussing generally the idea that the current human condition does not entail an end to further evolution and thus supporting the idea that, human nature is currently in the process of evolution.

¹³ In fact, as will be discussed later, the ultimate goal for Transhumanists is to defeat death and thereby achieve an ever-lasting life or existence. It is interesting that for Transhumanists, death is not considered natural but rather a mere human weakness that can be conquered. But see, Adam (2023) discussing Transhumanism and the notions of death, at the very beginning of the article in a spoiler alert, he vividly writes, “everyone dies”.

necessary means to triumph (Vita-More 2020). McKie (2018), further highlights that, while the idea of using technology to enhance the human body is not new, transhumanists take this concept to an unprecedented extent. He goes on to suggest that, “ultimately, by merging man and machine, science will produce humans who have vastly increased intelligence, strength, and lifespan, a near embodiment of gods.” (McKie 2018). Thus, transhumanism fundamentally represents a project that regards technological advancements as essential for the development of the human body and mind, ultimately breaking the limits of human potential. This resonates with what Agar (2010) calls radical enhancement, which entails the fundamental improvement of human attributes and capabilities beyond what is currently possible for humans.

The goal of overcoming human limitations within transhumanism has faced substantial criticism from bio-conservatives and other dissenting individuals. One such critic is Wieseltier¹⁴, who during the Nexus Conference in 2018¹⁵, vehemently questioned both the desirability and feasibility of transcending human limitations. Wieseltier (2018) argues that transhumanism, being a human project conceived and pursued by humans, he fails to accept its precepts. He contends that there are two types of people: those who despise limits and constantly strive to surpass them, and those who respect limits as constitutive of the meaning of life, viewing them not merely as obstacles to overcome but as integral to human existence. For Wieseltier, transhumanists are the opposite of the latter, they do not value human limitations.

This provocative aspiration of transhumanists to transcend human limitations also prompts substantial questioning from many individuals regarding its plausibility. However, from the perspective of

¹⁴ According to The Nexus Institute (2021), on the Speaker’s biography, Leon Wieseltier (United States, 1952) is an American Jewish thinker and the founder and editor of *Liberties*, a journal of culture and politics. Through the views he expressed during the interview, there is no doubt that he is a huge opponent of the Transhumanism philosophy.

¹⁵ The 2018 Nexus Conference was a conference organised and hosted by The Nexus Institute, which generally hosts debates on pressing contemporary questions with the world’s foremost thinkers, artists, and political leaders. In particular, the 2018 Nexus Conference was organised under the theme “The Battle between Good and Evil, in which the concept of Transhumanism was also discussed in the roundtable featuring important figures like Natasha Vita-More, a Transhumanist and Leon Wieseltier, among others. See generally; <https://nexus-instituut.nl/en/activity/the-battle=between-good-and-evil>. For Leon Wieseltier’s views on transhumanism, see Nexus Institute (2019).

transhumanists, the goal of surpassing human limitations is neither a utopian vision nor a mere scientific fantasy. They consider it not only desirable but also a realistic possibility to be achieved. For example, the Transhumanism Declaration articulates this perspective in Article 2, stating that “we believe that humanity’s potential is still mostly unrealized” (Transhumanism Declaration, Article 2). Hence, in this way, transhumanism comes forward as a philosophy that challenges not only what it means to be human but also underscores that our current understanding of human capabilities does not provide a complete portrayal of our true potential.

2.2. *Transhumanism anticipates the emergence of a post-human state*

It is paramount to differentiate transhumanism from the concept of post-humanity, as they are distinct yet interconnected. Transhumanism primarily focuses on the use of biotechnology to enhance the human condition. On the other hand, post-humanity refers to “the possible future beings whose basic capacities so radically exceed those of present humans as to be no longer unambiguously human by our current standard” (Bostrom, 2003c, 5). However, there is a strong correlation between these two concepts. Transhumanists commonly use the term post-humanity to signify the stage beyond the limitations of the current human condition (Cennet 2012). According to Bostrom (2003c), many transhumanists aspire to pursue paths that would eventually lead to becoming posthuman beings. However, it is important to emphasize that post-humanity is not the sole objective or goal of transhumanism, but rather a future possibility to be achieved gradually. To illustrate this, Bostrom clearly acknowledges that “the changes required to make us posthuman are too profound to be achievable by merely altering some aspect of psychological theory... radical technological modifications to our brains and bodies are needed” (Bostrom 2003c). Thus, it is essential to highlight the subtle distinction between, transhumanism and posthumanism. While transhumanism revolves around human evolution and transformation, for Transhumanists, the concept of the posthuman represents the pinnacle of human evolution.

Lee (2019) asserts that transhumanism represents not only the logical progression of human evolution but also a solution for ensuring the long-term survival of our species. Thus, before delving into the concept of post-human beings, it is vital to realize the fundamental principles of transhumanism, which involve transcending the biological

limitations of human existence, such as cognitive abilities, aging, and physical enhancement. By accomplishing these goals, Transhumanists perceive themselves as paving the way toward a future of posthumanism (Hogue 2006, 1). However, it is crucial to emphasize that transhumanism should not be mistaken as solely revolving around the pursuit of posthumanism¹⁶. To view transhumanism in such a narrow context would misrepresent its philosophical arguments and overarching goals.

Furthermore, transhumanism and posthumanism share a common aspiration for a future where biologically and technologically advanced beings replace homo sapiens (Hook 2019, 1). Both philosophies embrace the possibility and desirability of utilizing technology to significantly enhance human intellectual, physical, and psychological capacities. While there are some differences between the two, they both engage with the concept of the post-human condition in the technological (Lemmens 2015). In fact, some scholars argue that post-humanism signifies a departure from traditional humanism and represents a new era, shaping a new understanding of what it means to be human. Essentially, post-humanism is a new mode of critical enquiry that positions itself in contrast to humanism, deeming the traditional idea as outdated (Roger and Hamilton-Mckenna 2023). Thus, both transhumanism and posthumanism are philosophical positions that advocate for reshaping the current human form towards something superior and improved. The divergence lies in the degree and perspective through which this transformation is envisioned. Nick Bostrom (2003c, 6), for instance, introduces the concept of "transhuman" as an intermediary stage between the human and the posthuman, highlighting the connection between the two.

3. Critiques of transhumanism

Since its inception, transhumanism has long been a subject of intense debate and criticism. Its worldview and precepts on human life have been vehemently criticized by its opponents. Consequently, the debate surrounding the biotechnological enhancement of human beings has a prominent place in the contemporary world. Notably, Francis Fukuyama (2004) has emerged as a prominent critic with his

¹⁶ These are simply confusable terms as Cennet (2012) acknowledges. The need to distinguish the two, however, does not mean that they are unrelated concepts.

influential essay. Fukuyama's work has established him as a significant figure among bio-conservatives, those who strive to preserve humanity in its natural state and oppose the concept of radical human enhancement through technological means (Bourgeois 2019). Bioconservatism,¹⁷ as a term, encompasses those whose aim is to conserve humanity in its natural state and thus are opposed to the concept of human enhancement using radical technologies (Browne and Clark 2020). Simply defined, bio-conservatism is a term employed to describe those who fight against the ideas and postulates of transhumanists. The role of bioconservatives in the fight against transhumanism is not surprising, especially considering that Llano (2019) notes that, with biotechnology and the digital era, the humanist paradigm faces threats from posthumanism.

While Francis Fukuyama is widely recognized for labelling transhumanism as the most dangerous idea, the critics of this philosophical movement extend far beyond his assertions. Presently, criticisms against transhumanism permeate various academic disciplines and are prevalent in developed societies. These contentions arise from individuals with diverse backgrounds and experiences, contributing to a multifaceted debate surrounding transhumanism. A. one writer aptly notes that "the debate against transhumanism is usually polarized, with one side embracing it uncritically and the other rejecting it irrationally" (The Partially Examined Life 2016). Thus, it becomes essential to approach these debates from two perspectives: acknowledging that not all arguments against transhumanism are thoroughly reasoned while recognizing that some criticisms present logically grounded and compelling viewpoints within the discourse.

To provide clarity and simplicity, this research identifies three primary categories of criticisms against transhumanism: Practical criticism, social criticism, and Ethical or Moral criticism. These classifications draw reference from Fukuyama's 2004 essay and other contemporary critics, often referred to as bioconservatives. However, it is crucial to note that this categorization does not claim to encompass an absolute and definitive portrayal of all arguments against transhumanism. Numerous other reasons exist within the anti-transhumanist standpoint. Nonetheless, the following represent some of the prominent criticisms prevailing in this discourse.

¹⁷ Bioconservatism is sometimes interchanged with the term Anti-Transhumanism or Conservatism.

3.1. *Practical criticism (viability and realism)*

When introduced to the concept of transhumanism and its agenda, it is natural for rational individuals to question the feasibility of this philosophy. Hence, in every rational human being, the first thing that comes into mind when one hears about the concept of transhumanism and its agenda, it is expected to question the viability of this philosophy. Consequently, opponents have voiced their objections primarily based on practical grounds, casting doubt on the achievability of Transhumanist goals. Istvan in an interview¹⁸, acknowledged that transhumanism is “usually associated with science fiction...” (Istvan 2016). Indeed, opponents usually argue that transhumanism is nothing but a scientific dream or utopian futuristic vision¹⁹. Fukuyama in his essay not only perceives transhumanism as a strange liberation movement but also writes that “it is tempting to dismiss transhumanists as some sort of odd cult, nothing more than science fiction taken too seriously...” (Fukuyama 2004, 42). Similarly, during the Nexus Conference, Wieseltier, vehemently disputed the postulates of Transhumanists, asserting that “it is enacted by humans, and someone has to make judgements we will never transcend” (Wieseltier 2018). Furthermore, Conley (2017), in his article critical of transhumanism, describes it as “a strange utopia”. But interestingly, Zoltan responded to this article, offering a defence of the transhumanist philosophy. His central counterargument was that “this article makes 3 factual errors”. Thus, this demonstrates that not all criticisms of transhumanism are accepted by its advocates as correct interpretations of the facts and reality of the transhumanism movement.

Moreover, the criticisms directed at transhumanism often revolve around the notion that it is a human endeavour, claiming to understand what is best for humanity. This underlying premise becomes a key flaw within the Transhumanist agenda. After all, if all

¹⁸ In an interview posted on the University of Sheffield news archive website on the 24th of March 2016 Professor Richard Jones debates the merits and faults of transhumanism with Zoltan Istvan, who at the time was running for the US Presidency under the Transhumanist banner. See the interview transcript at: <https://www.sheffield.ac.uk/news/nr/zoltan>, (last accessed on Feb. 26, 2023).

¹⁹ Others refer to transhumanism, based on its goals as, “an alleged dream of immortality”. The very usage of the word “dream” to describe this philosophical position undermines the essence of its agenda and shows that for some Transhumanism is merely a dream yet for Transhumanists it is a possibility to be experienced in the future. See, e.g., Pablo García-Barranquero (2021).

humans are inherently equal, as traditionally rooted in philosophy and law, why should one human accept another human's definition of what constitutes a fulfilling life? This is the puzzle that arises from the ideas put forth by Transhumanists. However, while questioning the feasibility of transhumanism is an obvious reaction in the confrontation of this philosophy, there is a need to shift focus from this stance to another more significant concern. In today's contemporary world, characterised by the rapid development of increasingly advanced technologies the central question should no longer revolve solely around the possibilities of transhumanism, whether it is feasible or not. This line of inquiry has become somewhat outdated and somewhat peripheral to the crux of the matter. Instead, critics should now turn their attention to examining the extent to which these ideas can be actualized and the potential implications they may entail.

Interestingly, despite many bioconservatives dismissing transhumanism as a mere scientific dream, they still perceive it as a significant threat to the natural order of things, the nature of humans. This observation suggests that transhumanism encompasses more than just a fanciful notion. Critics argue that Transhumanists fail to respect and acknowledge the inherent limitations of human beings, rendering their ideas impractical. According to Wieseltier (2018), human limitations should be recognized as obstacles to certain aspirations, thus rendering transhumanism illogical. Robert Frodeman, as cited by Waters (2020, 94), views transhumanism as a "defective understanding of human society and culture". However, from the perspective of Transhumanists, the agenda is to demonstrate that what is commonly perceived as human limitations is, in fact, illusory. They aim to showcase that human beings have the potential to transcend their current condition. Thus, the debate surrounding transhumanism delves into the notions of human limitations and whether they truly hinder human progress.

3.2. *Socio-legal criticism*

Apart from practical criticism, opponents of transhumanism also put forth social and legal arguments to challenge its principles. Bioconservatives argue that human enhancement would lead to social disparities, thus creating imbalances and legal inequalities. They contend that access to self-enhancement technologies would primarily be available to the affluent, thereby undermining equality. Fukuyama particularly asserts that equality will be the first victim of

transhumanism (Fukuyama 2004). His perspective portrays transhumanism as a project that could exacerbate social inequality and fundamentally alter the conventional concept of human nature, which emphasizes the notion of universal equality. Consequently, the era of transhumanism is predicted to widen the social gaps between different societal classes (Damayanti and Kenasri 2018). According to Fukuyama, the embrace of human enhancement would not only challenge social equality but also present legal dilemmas. He questions the rights that enhanced individuals would claim. Trivino (2015) suggests that the extent of physical enhancement may be so significant that equality between “normal” individuals and those who have undergone enhancement would cease to exist.

Generally, social concerns against transhumanism recognise that social gaps have always existed throughout history, particularly with the advent of technology, however, they argue that the acceptance of transhumanism would accelerate these gaps. This is because the goals being advocated for by Transhumanists do not appear attainable for impoverished societies, as they are primarily accessible to those who can afford the costs associated with human enhancement. Such an approach to life would undoubtedly challenge systems of social equality.

3.3. *Moral or ethical criticism*

Transhumanism not only faces criticism regarding its feasibility and the negative impact it may have on society, but it also encounters moral challenges. The debate surrounding the intersection of morality, science, and technology has long been central to societies since the advent of technology. However, the emergence of transhumanism as an audacious concept has heightened and intensified this debate, which is completely understandable. It is only natural to consider the ethical implications of technological advancements that have the potential to profoundly transform the human body and condition. Transhumanism goes beyond envisioning a future where technology plays a crucial role in human evolution; its vision is undeniably thought-provoking. In response to the moral and ethical objections raised against transhumanism, proponents of this philosophy have felt compelled to address these concerns to defend their beliefs. Nick Bostrom (2005, 1) writes that;

Transhumanism is emerging as the most promising alternative to conservative ethical systems that see human nature as something

that cannot or should not be changed, an attitude increasingly in tension with technological possibilities and people's legitimate desire to benefit from them.

Thus, transhumanists are aware of the clash between technological advancements and societal ethical values, which is why they make efforts to address these concerns in their advocacy for transhumanism. However, the concerns and debates surrounding the ethical implications of transhumanism continue to intensify. Despite this, transhumanists firmly believe that attempting to prohibit technological innovation based on ethical grounds would be misguided (Bostrom 2003b). According to Transhumanists, morality should not be seen as fixed or static, but rather as something that can evolve and adapt as humans make use of technology. Miller (2022) criticizes transhumanism as a dangerous dream and emphasizes the severe moral implications associated with it. Similarly, Taylor (2012) argues that transhumanism, by rejecting human nature and natural limitations, also rejects the inherent dignity of every human being.

Furthermore, the ethical concerns surrounding the use of technology to enhance the human body and condition are often influenced by religious and cultural beliefs. Within the Christian community, transhumanism has sparked a divide, with some viewing it as an attempt to replace God, while others embrace transhumanist ideas. A notable example of the latter is the Christian Transhumanist Association²⁰, which explicitly supports the compatibility of Christian faith and transhumanism. The Christian Transhumanist Affirmation, for instance, acknowledges that "we recognize science and technology as tangible expressions of our God-given impulse to explore and discover and as a natural outgrowth of being created in the image of God"²¹. The association's three-fold mission²² includes a commitment to viewing Christ's teachings as a guiding ethical vision for scientific and technological progress. Consequently, Christian Transhumanists maintain that science and faith can coexist harmoniously and contribute to a better future. However, despite such perspectives, concerns regarding the moral implications of transhumanism persist

²⁰ According to its website, The Christian Transhumanist Association are "Christian Transhumanists who because of our commitment to our faith are also Transhumanist... We advocate a form of Transhumanism centred on Christ". See the website, <https://www.christiantranshumanism.org/about>.

²¹ See <https://www.christiantranshumanism.org/affirmation/>.

²² The Christian Transhumanist Association has three missions, that are, theological, faith-renewing, and technological missions.

and are a central focus of criticism from anti-transhumanist factions and certain religious figures.

4. **Analysing transhumanism and the concept of international human rights**

Surprisingly, there is a scarcity of dedicated studies²³ examining the intricate relationship between transhumanism and the principles of international human rights. The interplay between these two concepts involves complex and dynamic issues that require an in-depth exploration. Throughout human history and societal advancement, the notion of human rights has undergone significant changes and evolution, largely influenced by technological advancements and contemporary societal transformations. Therefore, the concept of human rights has always been an evolving notion, however, the philosophy of transhumanism introduces profound implications for the framework of human rights. Transhumanism does not only challenge how human nature, body, and mind are understood but also raises fundamental concerns about human rights. Consequently, those advocating for the protection of human rights in the face of swift technological advances have legitimate concerns. The Human Rights Watch Organization, for example, highlights that technology while offering potential benefits, can also be utilized in ways that restrict rights and exacerbate inequality²⁴.

This chapter aims to examine the relationship between transhumanism and human rights, with a focus on three main aspects. Firstly, it seeks to analyse whether Transhumanists base their advocacy on any established international human rights. Secondly, it aims to determine whether there is a right to self-enhancement within the context of transhumanism. Thirdly, if such a right does not currently exist, it aims to explore the potential implications and limitations for human enhancement. To address these questions comprehensively and explore the intricate dynamics between transhumanism and the human rights framework, this paper presents the following three key arguments.

²³ See generally, Britta Van Beers (2022). See also, Uprenda Baxi (2009).

²⁴ See Human Rights Watch at <https://www.hrw.org/topic/technology-and-rights>.

4.1. *Human rights are indirectly invoked to reshape the current human condition*

The relationship between transhumanism and human rights is deeply intertwined, albeit not always apparent or direct. However, upon examining Transhumanist literature and formulations, it becomes evident that there is a significant reliance on the principles of human rights within the advocacy for human enhancement. The very existence and coherence of Transhumanist philosophy and agenda rely on the foundational concept that all individuals possess inherent rights and freedoms. While there is no singular specific right that serves as a clear example of this reliance, it is based on a broad understanding of human rights. For instance, the Transhumanist Declaration, in Article 6 asserts that:

Policymaking ought to be guided by responsible and inclusive moral vision, taking seriously both opportunities and risks, respecting autonomy and individual rights, and showing solidarity with and concern for the interests and dignity of all people around the globe.

This demonstrates that transhumanism recognizes the significance of human rights as guiding principles. While the Transhumanist Declaration does not explicitly reference any specific international human rights, its tone and underlying ideas align with certain principles present in the international human rights framework. Thus, one can identify a general influence between transhumanism and international human rights. An example of this influence can be found in the Universal Declaration of Human Rights (United General Assembly 1948) where Article 1 states that "All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act in a spirit of brotherhood". Based on this, it is evident that there exists an indirect connection between these two declarations. The nature and approach of transhumanism demonstrate a tendency to align with the concepts inherent in human rights, although certain limitations and incompatibilities exist.

Additionally, the Transhumanist Declaration, particularly in Article 8, emphasizes the importance of guaranteeing individuals' broad personal choices in shaping their lives. This aligns with the principles of freedom of expression, the right to self-determination, and bodily autonomy as understood within the international human rights framework. Furthermore, it reflects the fundamental principles of liberal democracy. It is perhaps due to this provision, among other

reasons, that Fukuyama (2004) refers to transhumanism as “a liberation movement.” Levin (2021) also highlights that decisions regarding self-enhancement and the extent to which one pursues it are matters of personal discretion. This retention of autonomy positions transhumanism squarely within the framework of liberal democracy. Therefore, it is evident that there is an intrinsic connection between transhumanism and the concept of humans as beings with rights and freedoms. While the compatibility between Transhumanist reliance on human rights and traditional notions of rights and freedoms may raise questions, it does not negate the fact of this reliance. The correlation between transhumanism and human rights cannot be entirely disconnected or disassociated, as the advocacy for personal choice and autonomy resonates with the core principles of international human rights discourse.

The foundation of Transhumanist ideas rests upon the principle of freedom of choice, which is not a novel concept within human rights discussions. Their philosophy emphasizes that transhumanism does not dictate preferences such as musical tastes, hobbies, marriage partners, or how one should live their life. It acknowledges that the usefulness of available human modification or enhancement options varies depending on individual circumstances and needs. From this perspective, one may question why they may not embrace the opportunity to enhance themselves using technology if it aligns with their desires and aspirations. Hence, this notion appears to be well within the realm of our contemporary understanding of human rights and freedoms. Examples from the contemporary world, such as the recognition of the right to sexual orientation and the fight against discrimination based on sexual orientation, illustrate the prevailing nature of expanding rights and freedoms. Transhumanists even argue that their philosophical approach builds upon social movements that have shaped society, including the suffragettes and feminism, the civil rights movement, and sexual and gender rights movements. Consequently, transhumanism is not distant from the principles of human rights. It aligns with the contemporary understanding of expanding rights and freedoms, emphasizing personal choice and building upon the progress achieved by various social movements.

The Transhumanism Manifesto presents an intriguing perspective that can be linked to the concept of human rights embraced internationally. It asserts, “I am the architect of my existence. My life reflects my vision and represents my values” (Vita-More 2020). This idea of self-determination and autonomy over one’s life and choices resonate with the discourse on human rights, particularly within the

framework of democracy and liberalism. However, it is crucial to acknowledge certain important aspects about transhumanism philosophy. While there is an implicit reliance on human rights within the advocacy for human enhancement, transhumanism presents a radical and selective interpretation of human rights. It does not align itself with the entire international understanding of human rights. The Transhumanism Manifesto explicitly states that it accepts certain behaviours as culturally influenced but rejects the notion of a universal human nature (Vita-More 2020). Despite this selectivity, Transhumanist advocates continue to rely on the existing universal conceptions of human rights in their pursuit of transhumanism. This presents a fundamental issue with transhumanism, that it is too individualistic to fully embrace the universal human rights framework based on a collective understanding of human beings. Transhumanism deviates from and goes beyond the essence of universal human rights. Consequently, those who champion human rights have valid reasons to oppose, protest, and challenge ideas that fragment and undermine the unity of humanity. Transhumanism, in its pursuit of radical individualism, betrays the essence of human rights instead of upholding and nurturing them. From a human rights perspective, it can be concluded that transhumanism has developed not to sustain the existing framework, but to diverge from and transcend its core principles.

4.2. *A new set of rights is proposed to fully realise the new being (the enhanced man)*

Transhumanism represents a concept that seeks to revolutionize and modify the human condition by utilizing science and technology to overcome existing limitations. It introduces new perspectives on human life that challenge traditional notions of the human being and the essence of existence. Transhumanists argue for the evolution of both human and non-human rights through impartial decision-making, driven by the rapid advancement of information. Consequently, there is a strong advocacy for human enhancement through biotechnologies and other technological means, as well as a call for the recognition of new rights that align with the Transhumanist worldview.

Bostrom (2003c) emphasizes the need to protect the right of personhood, highlighting its significance in the Transhumanist agenda. Additionally, Transhumanists advocate for individual freedom, particularly the right for individuals to utilize technology to extend their

mental and physical capacities and enhance their control over their own lives. Consequently, empowering the individual lies at the core of the transhumanism movement, making it crucial for such rights to be acknowledged and safeguarded. Without the recognition and protection of these rights within the existing human rights framework, the advocacy of transhumanism would face significant obstacles.

The debated questions posed by Fukuyama (2004, 42) "What rights will they claim, and what rights will they possess compared to those left behind?" highlight a significant concern. The Transhumanist Bill of Rights serves as an illustrative example of an attempt to shed light on the rights that fit the transhumanist agenda. Article 4 of this bill declares that sentient entities, including genetically modified beings, have the entitlement to universal rights that encompass the cessation of involuntary suffering, the pursuit of personhood improvements, and the achievement of an indefinite lifespan through science and technology. The preamble of the bill further clarifies that "sentient entities" encompass various entities such as human beings, sentient artificial intelligences, cyborgs, and other advanced sapient life forms. This implies that these entities are entitled to rights within a posthuman society.

Nevertheless, it is essential to acknowledge that the Transhumanist Bill of Rights has faced rigorous scrutiny and criticism. In his article, Smith (2018) argues that upon examining the document, it reveals itself as a "Bill of Wrongs" that undermines liberty. He perceives Transhumanism as not only authoritarian but also anti-human. Consequently, Smith concludes with a cautionary note, stating that transhumanism should be resisted by those who value natural rights and the genuine essence of human liberty.

4.3. *Transhumanism is a movement about the rights of individuals, not essentially human rights in a collective sense*

The analysis conducted thus far has demonstrated a relationship between transhumanism and the concept of human rights, whether implicit or explicit. However, it is also evident that this relationship does not fully entail compatibility or resonance. Instead, it largely involves the manipulation of human rights to advance a new category of rights, which can be more appropriately termed "individual rights". Two primary reasons support the need to distinguish between these two concepts. Firstly, transhumanism aims to transcend the human form and ultimately propel humanity towards a post-human future. As such, labelling the enhanced beings as "human" would be a significant

misrepresentation. Secondly, the transhumanism movement predominantly revolves around the individual, advocating for rights that specifically pertain to those who choose to engage with transhumanist principles. For instance, at the core of transhumanism is the individual's right to freedom and self-realization through advanced technologies. Thus, this perspective is not concerned with communal accountability but rather seeks to transcend our inherent humanity.

Conversely, the notion of human rights encompasses broader considerations of humanity, human nature, and collectivism rather than being solely focused on individual rights. The international concept of human rights is based on the belief that all individuals possess inherent rights by virtue of being human. However, the advocacy of transhumanism deviates from this character, as it prioritizes individual interests over the collective understanding of human rights.

Conclusion

This paper has provided a comprehensive understanding of transhumanism, tracing its historical origins, development, and current connotations. It has highlighted the widespread misconceptions surrounding transhumanism and emphasized the critical questions it raises. Indeed, the profound technological advancements in the contemporary world make the future of humanity increasingly uncertain and controversial such that transhumanism cannot be accepted without criticism. While transhumanism has many objectives, it is accurate to assert that its primary aim is to improve the human condition and shape a more 'humane existence', though its implications are far from simplistic. Transhumanism does not only challenge the essence of human existence and the core human values, but it radically aims at reconfiguring the conventional perception of humanity. Therefore, this paper contends that it is imperative not to dismiss the questions raised by transhumanism without thoughtful consideration of their consequences. The ambit of this paper, however, was not to determine the feasibility or attainability of transhumanist visions or goals but rather to bring attention to the questions that contemporary societies must grapple with. Specifically, the emergence of transhumanism and its potential integration into our reality raises significant concerns within the human rights paradigm.

Assessing the relationship between transhumanism and human rights this paper concludes that, despite transhumanists heavily drawing on the principles of international human rights, albeit

implicitly, the existing international human rights framework cannot be interpreted as embracing the right to self-enhancement through technology. Consequently, understanding the boundaries of current human rights and exploring the scope for personal evolution within the existing framework becomes of paramount importance. However, given the rapid advancements in technology and scientific studies, such a prospect remains a possibility for the future. Whether such a possibility leads to positive or negative outcomes remains uncertain, underscoring the need for a thorough evaluation of the transhumanist worldview. Therefore, further studies ought to be carried out to explain what happens to human rights in the face of transhumanism.

Bibliography

- Adam, Frank. 2023. «Transhumanism: Will the singularity rescue us from death?» *Free Think*. Accessed May 06, 2024. <https://www.freethink.com/robots-ai/transhumanism-singularity-death>
- Agar, Nicholas. 2010. *Humanity's End: Why we should reject radical enhancement*. Cambridge, MA: MIT Press. Doi: 10.7551/mitpress/9780262014625.001.0001.
- Baxi, Upendra. 2009. «The posthuman and human rights. Human rights in a posthuman world.» *Oxford Academic*, 197-239. Doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198061762.003.0006.
- Bostrom, Nick. 2001a. *What is Transhumanism?* Accessed May 8, 2024. <https://nickbostrom.com/old/transhumanism>.
- Bostrom, Nick. 2001b. *Transhumanist Values*. Accessed May 8, 2024. <https://nickbostrom.com/tra/values#:~:text=Transhumanists%20view%20human%20nature%20as,that%20has%20a%20value%20component>.
- Bostrom, Nick. 2003a. «Human genetic enhancements: A transhumanist perspective.» *Journal Value of Inquiry* 37, no. 4: 493-506.
- Bostrom, Nick. 2003b. «Transhumanist values.» In *Ethical Issues for the Twenty-First Century*, edited by Frederick Adams, 3-14. Bowling Green, OH: Philosophical Documentation Center Press.
- Bostrom, Nick. 2003c. *Transhumanist FAQ: A General Introduction, version 2.1*. Accessed May 8, 2024. <https://nickbostrom.com/>.
- Bostrom, Nick. 2005. *Transhumanist Ethics*. Accessed May 8, 2024. <https://nickbostrom.com/ethics/transhumanist.pdf>.
- Bourgeois, Pierre. 2019. «A political criticism of transhumanism: The bioconservatism of Francis Fukuyama.» *Raisons Politiques* 74, no. 2: 119-132.
- Browne, Tamara K. and Steve Clark. 2020. «Bioconservatism, Bioenhancement, and Backfiring.» *Journal of Moral Education* 49, no. 2: 241-256.

- Cennet, Cavus. 2021. «Transhumanism, posthumanism, and the 'cyborg identity'.» *Fe Dergi Feminist Elestiri* 13: 177-187.
- Conley, John L. 2017. «Who's afraid of transhumanism? (we all should be).» *America The Jesuit Review*. Accessed June 15, 2023. <https://www.americamagazine.org/politics-society/2017/09/05/whos-afraid-transhumanism-we-all-should-be>.
- Damayanti, L. Putri and Priscilla A. Kenasri. 2018. «Transhumanism movement: The ethics of the future human transformation.» *Center for Digital Society*. Accessed May 6, 2024. <https://cfds.fisipol.ugm.ac.id/wp-content/uploads/sites/1423/2021/01/27-CfDS-Case-Study-Transhumanism-Movement-The-Etchics-of-the-Future-Human-Transformation.pdf>.
- Dante, Alighieri. 1892. *The Divine Comedy*. Translated by Charles, E. Norton: Riverside Press.
- Déchamp-Le Roux, Catherine. 2016. «The quest for immortality and the transhumanist utopia.» *Gérontologie et société* 38151, no. 3, 97-111.
- Fukuyama, Francis. 2004. «Transhumanism: The world's most dangerous idea.» *Foreign Policy* 144, 42-43.
- García-Barranquero, Pablo. 2021. «The Transhumanist Immortality: Understanding the dream as a nightmare.» *ScientiaetFides* 9, no. 1: 177-196.
- Graham, Elaine. 2002. «Nietzsche gets a Modem: Transhumanism and the technological sublime.» *Literature & Theology* 16, no. 1: 65-80.
- Hogue, Alex. 2016. «Transgressing the intellectual status quo: How transhumanism seeks to overcome more than biological limitations.» *New German Review: A Journal of Germanic Studies* 27, no. 1, 37-51.
- Hook, Christopher. 2019. «Transhumanism and Posthumanism.» *Encyclopedia of Bioethics*. Accessed May 8, 2024. <https://www.encyclopedia.com/science/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/transhumanism-and-posthumanism>.
- Humanity Plus Organisation. n.d. *Transhumanist Declaration*. Accessed March 11, 2023. <https://www.humanityplus.org/the-transhumanist-declaration>.
- Huxley, Julian. 1957. *Transhumanism: New Bottles for New Wine*. London: Chatto & Windus.
- Lee, Newton. 2019. *The Transhumanism Handbook*. Cham: Springer.
- Lemmens, Pieter. 2015. «Robert Ranisch and Stefan Lorenz Sorgner (eds.): Post- and Transhumanism: An Introduction.» *Human Studies* 38, 431-438. Doi: 10.1007/s10746-015-9354-4
- Levin, Susan B. 2021. «Playing to lose: transhumanism, autonomy and liberal democracy.» Review of *Posthuman Bliss? The Failed Promise of Transhumanism*, by Susan B. Levin, OUPblog, January 11. Accessed March 11, 2023. <https://blog.oup.com/2021/01/playing-to-lose-transhumanism-autonomy-and-liberal-democracy-long-read/>.
- Llano, Fernando H. 2019. «Transhumanism, Vulnerability and Human Dignity.» *Deusto Journal of Human Rights* 4: 39-58. Doi: 18543/djhr-4-2019pp39-58.

- McKie, Robin. 2018. «No death and an enhanced life: Is the future of transhumanism?» *The Guardian*. Accessed May 8, 2024. <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/06/no-death-and-an-enhanced-life-is-the-future-transhumanism/>.
- Miller, Joe. 2022. «Can Christian ethics save transhumanism?» *Mind Matters*. Accessed March 30, 2023. <https://mindmatters.ai/2022/02/can-christian-ethics-save-transhumanism/>.
- More, Max. 1990. *Transhumanist: Towards a Futuristic Philosophy*. Accessed March 10, 2023. <https://www.ildodopensiero.it/wp-content/uploads/2019/03/max-more-transhumanism-towards-a-futurist-philosophy.pdf>.
- More, Max. 2004. *Extropian Principles 3.0*. Accessed May 8, 2024. <http://www.maxmore.com/extprn3.htm>.
- More, Max. 2013. «The philosophy of transhumanism.» In *The Transhumanist Reader*, edited by Max More and Natasha Vita-More, chapter 1. *Oxford: Wiley-Blackwell*.
- Nexus Institute. 2019. *Humanism and Transhumanism*. Accessed May 8, 2024. <https://youtu.be/oeVr7IGOh9o>.
- Nexus Institute. 2021. *Nexus Conference 2021: The Revolution of Hope*. Accessed May 8, 2024. https://www.youtube.com/playlist?list=PLWv27w9rNkhp1dJM_uoHsIAeBsuNYOTQ
- Paura, Roberto. 2016. «Singularity and the new utopia of Transhumanism.» *Im@go. A journal of the Social Imaginary* 7: 23-55. Accessed May 8, 2024. <https://cab.unime.it/journals/index.php/IMAGO/article/view/1295/pdf>
- Rogers, Theresa, and Caroline Hamilton-McKenna. 2023. «Critical literary perspectives on children's and young adult literature.» In *International Encyclopedia of Education*, edited by Robert J Tierney, Fazal Rizvi, and Kadriye Ercikan, 605-619. Vancouver: Elsevier. [Doi.org/10.1016/B978-0-12-818630-5.07069-X](https://doi.org/10.1016/B978-0-12-818630-5.07069-X).
- Ranisch, Robert, ed. 2014. *Post- and Transhumanism: An Introduction*. New York: Peter Lang.
- Smith, Wesley J. 2018. «Transhumanist bill of wrongs.» *The American Spectator*. Accessed March 11, 2023. <https://spectator.org/the-transhumanist-bill-of-wrongs/>.
- Souza, Renata Silva, Edna Alves de Souza, Tatiane Pereira da Silva, and Maria Eunice Quilici Gonzalez. 2020. «The Transhumanist conception of body: a critical analysis from a complex system of perspective.» *Revista Natureza Humana* 22, no. 1, 17-33. [Doi: 10.17648/2175-2834-v22n1-431](https://doi.org/10.17648/2175-2834-v22n1-431).
- Taylor, Rebecca. 2012. «Transhumanism: Taking the place of our Creator.» *National Catholic Register*. Accessed May 8, 2024. <https://www.ncregister.com/commentaries/transhumanism-taking-the-place-of-our-creator>.
- The Partially Examined Life (PEL). 2016. *The hubris of Transhumanism*, August 23. Accessed March 21, 2023. <https://partiallyexaminedlife.com/2016/08/23/the-hubris-of-transhumanism/>.
- Tirosh-Samuels, Hava. 2009. «Engaging Transhumanism: A Critical Historical Perspective.» *Metanexus*. Accessed May 8, 2024. <https://metanexus.net/h-engaging-transhumanism-critical-historical-perspective/>.

- Trippett, David. 2018. «Transhumanism: advances in technology could already put evolution into hyperdrive-but should they?» *The Conversation*, March 28. Accessed May 8, 2024. <https://theconversation.com/transhumanism-advances-in-technology-could-already-put-evolution-into-hyperdrive-but-should-they-92694>.
- Trivino, José L.P. 2015. «Equality of access to technology in a posthumanist society.» *Dilemata* 19: 53-63.
- United General Assembly. 1948. *The Universal Declaration of Human Rights*. New York: United Nations General Assembly.
- Van Beers, Britta. 2022. «A better way of being? Human rights, transhumanism, and the utopian standpoint of man.» *Elgar Online*, 246-266. Doi: 10.4337/9781803921402.00021.
- Vernon, Mark. 2021. *Longing for the infinite-7 key features of Dante's Transhumanism*. March 12. Accessed May 8, 2024. <https://www.markvernon.com/longing-for-the-infinite-7-key-features-of-dantes-transhumanism>.
- Vita-More, Natasha. 2020. «The Transhumanist Manifesto (Revised 1998 v.2, 2008 v.3, 2020 v.4, Original 1983).» Accessed May 8, 2024. <https://www.humanityplus.org/the-transhumanist-manifesto>
- Vita-More, Natasha. 2019. «History of transhumanism.» In *The Transhumanism Handbook*, edited by Newton Lee, 49-61. New York: Springer, Cham. Doi: 10.1007/978-3-030-16920-6_2
- Walker Jorge, and Elena P. Solana. 2015. «Transhumanism, neuroethics and human person.» *Bioética* 23, no. 3, 503-510. Doi: 10.1590/1983-80422015233087
- Waters, Brent. 2020. «A scathing but empty critique». *Issues in Science and Technology* 36, no. 4: 160.
- Webb, Heather. 2016. *Dante's Persons: An Ethics of the Transhuman*. Oxford: Oxford University Press. Doi: 10.1093/acprof:oso/9780198733485.001.0001

Vitoria's cosmopolitan potential realized: Human nature and human rights via social construction, not natural law

El potencial cosmopolita de Vitoria hecho realidad:
La naturaleza humana y los derechos humanos a través
de la construcción social, no del derecho natural

Benjamin Gregg 

University of Texas at Austin (EEUU)

bgregg@austin.utexas.edu

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9510-6147>

<https://doi.org/10.18543/djhr.2830>

Submission date: 03.08.2023

Approval date: 18.04.2024

E-published: June 2024

Citation / Cómo citar: Gregg, Benjamin. 2024. «Vitoria's cosmopolitan potential realized: Human nature and human rights via social construction, not natural law.» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 13: 149-182. <https://doi.org/10.18543/djhr.2830>

Summary: Introduction. 1. Overview of the argument. 2. Situating the argument within the existing scholarly literature. 3. Inequalities with respect to rights to territorial sovereignty and self-defense. 4. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: first step. 5. Inequalities with respect to self-determination and self-government. 6. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: second step. 7. Inequality with regard to indigenous freedom of conscience in the face of Christian proselytization. 8. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: third step. Conclusion: Realizing a sixteenth century cosmopolitan intuition for indigenous peoples today. References.

Abstract: Vitoria's 1537 lecture *On the American Indians* asserts moral equality and fundamental rights for all humans but is contradicted by the significant inequalities between Spanish conquistadores and indigenous peoples of Mexico and Peru. Despite recognizing these rights, Vitoria's vision supports an unequal Euro-American relationship regarding territorial sovereignty, self-defense, self-determination, and religious freedom. His insights have implications for contemporary international law concerning indigenous rights. However, his theological framework limits this potential. To

better address indigenous issues today, I advocate reframing Vitoria's perspective by replacing his natural law-based human-rights essentialism with a naturalistic approach that views human rights as social constructs. This shift can help develop international law to prevent violent interactions and promote equality between indigenous and non-indigenous peoples, reducing reliance on nation states to safeguard indigenous rights.

Keywords: Vitoria, indigenous peoples of the Americas, human rights, human nature, cosmopolitanism

Resumen: La conferencia de Vitoria de 1537 *Sobre los indios americanos* afirma la igualdad moral y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, pero se contradice con las importantes desigualdades entre los conquistadores españoles y los pueblos indígenas de México y Perú. A pesar de reconocer estos derechos, la visión de Vitoria apoya una relación euroamericana desigual en lo que respecta a la soberanía territorial, la autodefensa, la autodeterminación y la libertad religiosa. Sus ideas tienen implicaciones para el derecho internacional contemporáneo relativo a los derechos indígenas. Sin embargo, su marco teológico limita este potencial. Para abordar mejor las cuestiones indígenas en la actualidad, abogo por replantear la perspectiva de Vitoria sustituyendo su esencialismo de los derechos humanos basado en el derecho natural por un enfoque naturalista que considere los derechos humanos como construcciones sociales. Este cambio puede ayudar a desarrollar el derecho internacional para prevenir interacciones violentas y promover la igualdad entre pueblos indígenas y no indígenas, reduciendo la dependencia de los Estados nación para salvaguardar los derechos indígenas.

Palabras clave: Vitoria, pueblos indígenas de América, derechos humanos, naturaleza humana, cosmopolitismo.

Introduction

The Spanish conquests of Mexico (1520-1522) and Peru (1530-1531) destroyed local economies, forcefully integrated local populations into colonial economies and exploited their labor, plundered natural resources, ravaged indigenous political and cultural communities through coercive proselytization, and led to what some historians describe as genocide.¹ In Spain, reports of the conquests stimulated intense debate among elites about Spanish behavior. A prominent participant was the Dominican philosopher, theologian, and jurist Francisco de Arcaya y Compludo, called de Vitoria (1483-1546). In the academic year 1537-1538 –only fifty years after Spanish authorities expelled centuries-old Muslim and Jewish communities from the Iberian Peninsula and Columbus disembarked in the West Indies– Vitoria delivered a public lecture (*relectio*) at the University of Salamanca. Titled *De Indis (On the American Indians)*,² in several of its major arguments it betrays –and is betrayed by– deep and abiding tensions between a nascent modern cosmopolitanism and a theological parochialism.

By *cosmopolitanism*, I refer to Vitoria's assertion, radical for the 16th century, that all human beings are morally equal and should equally enjoy certain fundamental rights, regardless of faith, culture, and political culture (thereby anticipating international law and human rights, which I discuss below). Today the term *cosmopolitanism* generally revolves around the notion that all human beings, regardless of political affiliation and other descriptors, can and should be citizens of some kind of imagined, single community. Different conceptions of community generate different versions of cosmopolitanism, with emphases ranging from political institutions, to moral communities, to common markets, to shared cultural self-understandings or historical fates. Most versions discount special obligations to some persons –compatriots or other limited communities– for an equal obligation to all persons, at least

¹ According to Ostler (2015, 1), "disagreements about the pervasiveness of genocide in the history of the post-Columbian Western Hemisphere [...] pivot on definitions of genocide." Politically conservative approaches focus on "intentional actions and policies of governments that result in very large population losses, usually from direct killing," while politically liberal approaches focus "more on outcomes" and call for "less stringent criteria for intent."

² Published posthumously in 1557 in Lyon, France from notes transcribed by students who had attended the lecture (in fact, a series of lectures that I will refer to in the singular, as a unity). By then, Spain's Charles V had banned the printing and dissemination in Spain of all of Vitoria's *relectiones*.

morally. My analysis of Vitoria uncovers a moral –and ideally legal– obligation of each people to all other peoples, regardless of their local attachments, whether political, cultural, religious, ethnic, or economic.

By *parochialism*, I refer to Vitoria's invocation of a thin, formal equality belied by the significant material and power-based inequalities of invader and invaded. I focus on these three inequalities because they are prominent in Vitoria's lecture and they are the barriers internal to (but excisable from) Vitoria's thought to realizing the hidden cosmopolitan potential of Vitoria's lecture. I argue that Vitoria undermines that potential because his theological, natural-law approach –the standard for the School of Salamanca and elsewhere in early Renaissance Europe – “essentializes” the relevant distinctions. (*Essentializes* means: it makes these distinctions appear necessary and permanent.) But the cosmopolitan in Vitoria knows that they are neither permanent nor unavoidable, that they are in fact social constructs, hence contingent, not essential.

By *parochialism*, I refer as well to local attachments that inform his thought: to sixteenth century European culture, to the Spanish Crown, and above all to his confessional tradition and its institutions.

1. Overview of the argument

In six steps, I displace Vitoria's natural law-based defense of indigenous humanity with socially constructed notions of human nature and human rights that escape parochialism. I do so with respect to the unequal dimensions of the European/indigenous relationship that emerged from the multiple contexts of Spanish conquest in the Americas –contexts legal, political, economic, military, and cultural. (1) I begin with inequalities between the Europeans and the Amerindians with respect to rights to territorial sovereignty and self-defense. (2) I uncover the cosmopolitan potential in Vitoria's lecture by displacing his theological natural law basis with social construction. (3) I analyze inequalities between the Spanish and the indigenous peoples with respect to self-determination and self-government and then (4) identify further cosmopolitan potential in Vitoria's thought: an incipient notion of reasoned argument between interlocutors open to persuasion by the better argument. (5) I turn then to inequality with regard to indigenous freedom of conscience in the face of Christian proselytization and (6) conclude by exposing cosmopolitan potential in Vitoria's nascent notion of equality and reciprocity between Europeans and Amerindians. I show that this potential renders Vitoria directly

useful to improving international law today in ways that further the interests of all the world's indigenous peoples not only in the Americas but globally.

2. Situating the argument within the existing scholarly literature

I focus on freeing Vitoria's cosmopolitan potential. To situate this focus within the broad landscape of scholarship on Vitoria's treatment of the Amerindians, I show where my work builds on the work of others, and then where it rejects the work of others.

Although novel, my approach draws from several strands in the extant literature. First, my proposal for abandoning Vitoria's theological basis finds support in Bain's (2013, 591, 610) argument. Bain contends that Vitoria's defense of the Amerindians as innocents "cannot be abstracted from his theology and remain intelligible." After all, Vitoria's defense "presupposes a rationally ordered Christian universe" that is "premised on a hierarchy of goods, intelligible in relations of subordination and superordination, which culminates in God and is governed by God." Hence, Vitoria's defense, if abstracted from this context, loses its "illocutionary force."

Second, Altwicker (2020, 8) notes how Vitoria's allowance of violent conquest and subjugation undermines his cosmopolitan inclination. First, "For Vitoria, the extraterritorial use of force was only justified in response to a harm inflicted." Second, in the "absence of an inflicted harm, the Emperor may not use violence abroad." Third, "not just any inflicted harm suffices to justify a violent response." Taken together, these three points entail that a "ruler has no more authority over foreigners than over his own citizens." And yet Vitoria relativizes the notion of a "qualified injury necessary to justify the extraterritorial use of force." Vitoria allows the Spanish to assert against Amerindians –by force if necessary– their natural right to engage in commerce, "not to be obstructed in proselytization," and "to protect converts and the innocent."

Third, for Vitoria, the goal of Christian conversion trumps indigenous preference. Indeed, it justifies undermining indigenous political communities: "if a good proportion of the barbarians were converted to Christ either rightfully or wrongfully (that is, ... even if they had been converted by threats, terror, or other impermissible means), the pope might have reasonable grounds for removing their infidel masters and giving them a Christian prince, whether or not they

asked him to do so" (287). Idris (2023, 144) notes an incongruity I examine below: "Vitoria acknowledges that the Native is human, that he has rights, that the various reasons for the conquest are basically unjust and self-serving, but, on the other hand, he apologizes that preaching Christianity must always be allowed and now that some Indigenous peoples have converted, it would be unjust for their dispossessors to just leave."

Fourth, Osborne identifies a puzzle in Vitoria's theological notion of human nature: "Just as an individual cannot give away his right to administer his affairs and defend himself, so a community cannot do away with its administration and defense. Such an attempt to disestablish any government would be against human nature, and consequently in violation of natural and divine law" (Osborne 2023, 17). Evidently, for Vitoria, the Spanish conquistadores can disestablish Amerindian governments without violating human nature.

But I also reject various strands in the scholarly literature. I do so where, in the following pages, I argue for the importance of realizing Vitoria's cosmopolitan potential, and where I show that his potential can be released by displacing his natural law argument with social construction. First, I reject apologetic readings that discount Vitoria's justifications for Spanish hegemony, such as the assertion by Kopel et al. (2007, 68) that "Vitoria's point was that international law protected everyone, not just Christians." As we will see, Vitoria claims –for theological reasons– that the Amerindians have no right to repel the Spanish invaders. Here Vitoria undermines his deep sense of the Amerindians' humanity.

Second, I reject Chetail's (2017, 905) claim that the "right of communication [in Vitoria] reflects a broader conception of international law grounded on reciprocity and equality between foreign nations," generating the "founding principle of a universal society composed by equal nations." As we will see, Vitoria justifies the colonial conquest of the New World in part on a right of communication because he frames such communication not as a dialog between equals but as the paternalistic tutelage of "barbarians" by the theologically enlightened Spanish. Chetail's (2016, 906) claim that "Vitoria wrote the prologue of international law by drawing the contours of an international society governed by universal norms" is false. I show that the prospect for such a society depends on the cosmopolitanism that only becomes possible with a naturalistic understanding of the world rather than one based on natural law.

Third, I refute conventional readings of Vitoria, such as Dierksmeier's (2019, 197), that claim that "Vitoria ascribed to the

American Indians, as *rational* beings, a claim to dignity and human rights equal to those of their European invaders." As we will see, Vitoria's characterization of the Spanish as reasonable, and the indigenous peoples as unreasonable, subverts his observations elsewhere in the lecture that the Amerindians had achieved well-ordered communities that accomplished many of the social tasks acknowledged by the Spanish to be important for human flourishing.

Fourth, I challenge Bunge's (2017, 54) assertion that we find in Vitoria a vision in which "different types of stakeholders such as individuals and social or political communities can act freely and (at least theoretically) interact on equal terms, such as the political entities of the people of America and Europe." I show that Vitoria compromises his recognition of the Amerindians' humanity by repeatedly understating, denying, or ignoring the systematic inequality between Europeans and Amerindians so clearly depicted in *De Indis*.

Fifth, I refute Barroso and Alves (2019, 181)'s statement that "Vitoria argues for pacific evangelization: the Gospel is to be rationally preached to the Indians and not imposed on them." By downplaying the massive inequalities between conqueror and conquered with regard to Christian proselytization (as we will see), Vitoria affirms the violent imposition of a foreign belief-system on conquered peoples rendered defenseless. In doing so, he undermines his own sense that Europeans and Amerindians could engage in rational dialog with one another.

Sixth, I counter the widespread claim (exemplified by Rodríguez-Santiago 2016, 303, n. 9) that Vitoria contributes to developing the notion of the self-determination of peoples in a system of international law that would prohibit not only the use of force in subduing the invaded, but foreign territorial conquest itself. As we will see, Vitoria entertains no such reciprocity. He asserts that, should the invaded take up arms against the invaders, the invaders have a right to attack the invaded: "if reasoning [by the Spanish] fails to win the acquiescence of the barbarians, and they insist on replying with violence, the Spaniards may defend themselves, and do everything needful for their own safety" (282). He nowhere entertains a reciprocal claim that the Amerindians have a right one day to arrive in Spain with armed men, seize Spain's natural resources, proselytize the Spanish in indigenous belief-systems, and dwell in Spain in perpetuity.

3. Inequalities with respect to rights to territorial sovereignty and self-defense

Vitoria structures his lecture as a series of claims and counterclaims about rights of the conquistadors in the Americas. He finds some claims justified; these he calls “just titles.” Others he finds fallacious; these he calls “unjust titles.” His lecture considers both sides of every argument and, “in every case of doubt,” “consult[s] with those competent to pronounce upon it.” “Those competent” are a small group of elite European authors, above all Aristotle and Thomas Aquinas, but also contemporaneous theologians and other scholars (237).³

This elite group cannot redeem Vitoria's claims. For example, Vitoria sources the purported right to travel in a text likely written in ancient Syria and completely foreign to the Amerindians: “I was a stranger and ye took me not in” (Matthew 25, 43). Vitoria claims: “from which it is clear that, since it is a law of nature to welcome strangers, this judgment of Christ is to be decreed amongst all men.” Vitoria frames this Biblical injunction as a “right of natural partnership and communication” (278-279). But there is no partnership where Amerindians are bound by European cultural and theological traditions, yet the Europeans are not bound by the cultures and beliefs and traditions of the indigenous peoples.

Just as the invaded are hardly equal with the invaders, the relationship between the conquistadors and their victims is hardly equivalent to the relationship among sovereign European peoples. Even as France and Spain were not equals, France was much closer to Spain's level of power than to that of the Amerindian communities. France was a regional power with a relatively strong military, even as it was recovering from the effects of the Hundred Years' War with England, and even as it faced internal social unrest and economic difficulties. For its part, Spain ruled over a vast empire with territories in Europe, Asia, and the Americas. It had a formidable military, a strong economy –fueled by wealth extracted from its American colonies– and a dominant position in European politics. Yet Vitoria analogizes the relationship between these great European powers with that between Spain and the Amerindian communities it had conquered: “It would not be lawful for the French to prohibit Spaniards from travelling or even

³ Citations to Vitoria that reference solely page number(s) (and no name) refer to Vitoria (1991a) only.

living in France, or vice versa, so long as it caused no sort of harm to themselves; therefore, it is not lawful for the barbarians either" (278).

To be sure, at several points in his lecture Vitoria depicts a substantial degree of reciprocity in some aspects of Spanish-indigenous relations. He denies that the Spanish could rightfully possess the American lands by right of discovery (as Columbus maintained). He asserts that the claim of rightful (European) possession (of the Americas) by discovery "provides no support for possession of these lands, any more than it would if they had discovered us" (265). He argues in terms of what he declares to be a principle of the law of nations: the foreigners' right to hospitality in foreign lands:⁴ "if the barbarians allowed the Spaniards to carry on their business in peace among them, the Spaniards could make out no more just a case for seizing their goods than they could for seizing those of other Christians" (284). Similarly, because the "barbarians themselves admit all sorts of other barbarians from elsewhere," they would "therefore do wrong if they did not admit the Spaniards" (279). Further, the "barbarians can no more prohibit Spaniards from carrying on trade with them, than Christians can prohibit other Christians from doing the same" (280); "their princes cannot prevent their subjects from trading with the Spaniards, nor can the princes of Spain prohibit commerce with the barbarians" (279).

Vitoria portrays the relationship between invader and the invaded in terms of a "right of natural partnership and communication,"⁵ that is, a supposedly universal right that the Spanish can exercise against the indigenous peoples of the Americas –but not vice versa. He asserts that the "Spaniards have the right to travel and dwell in those countries, so long as they do no harm to the barbarians, and cannot be prevented by them from doing so. ... Amongst all nations it is considered inhumane to treat strangers and travelers badly without some special cause, humane and dutiful to behave hospitably to strangers" (278).

The qualification, "so long as they do no harm," would seem to limit foreign travel in several ways: to persons of moral integrity; to travel only for some necessity or to engage in mutually beneficial trade;⁶ to persons who fairly pay the hosts for lodging and food; and

⁴ For the canonical account see, e.g., Chetail (2016).

⁵ *Naturalis societas et communicationis*; §1 Question 3, Article 1: First just title, of natural partnership and communication.

⁶ Samuel Pufendorf (1632-1694) argues that, because all nations of the world equally constitute part of humanity, international law constitutes a common bond

to persons who depart the host venue as soon as possible. But as Vitoria knows, the Spanish violated the conditions of a purported right they give themselves. Even as he states that “these travels of the Spaniards are (as we may for the moment assume) neither harmful nor detrimental to the barbarians” (278), he knows that this assumption of a benign Spanish presence in the New World is an assumption *arguendo*, nothing more.⁷ Three years earlier, in a letter to Miguel de Arcos, he writes that the massacre at Cajamarca and Pizarro’s subsequent assassination of the Inca Atahualpa in July 1533 “shocks me,” “embarrasses me,” “freezes the blood in my veins” and that, “as far as I understand from eyewitnesses who were personally present during the recent battle with Atahualpa, neither he nor any of his people had ever done the slightest injury to the Christians, nor given them the least grounds for making war on them.” In short, the Indians “are most certainly innocents in this war” (Vitoria 1991b, 331-332).⁸

Further, with regard to a right to travel –one core justification of Spanish colonial conquest– Vitoria comments: the claim that the “affair is in the hands of men both learned and good,” and that “everything has been conducted with rectitude and justice,” is refuted “when we hear subsequently of bloody massacres and of innocent individuals pillaged of their possessions and dominions” (238). He establishes a standard for conduct that displays *rectitude and justice* also with regard to proselytization –another core justification of colonial conquest– that the Spanish never meet: the Amerindians “are not bound to believe unless the faith has been set before them with persuasive probability. But I have not heard of any miracles or signs, nor of any exemplary saintliness of life sufficient to convert them. On the contrary, I hear only of provocations, savage crimes, and multitudes of unholy acts” (271).

Vitoria envisions rectitude and justice along other dimensions of European/indigenous relations as well. He draws an analogy between the indigenous peoples and the French: because the French have as much right to enter Spain as the Spanish to enter France (“or vice

among them and not just among Christian nations (*De jure naturae et gentium* [1672]). Diderichsen (2020, 27) understands Pufendorf to assert that the “duty to sell does not include a duty to buy, which is why Vitoria is wrong in claiming that the Indians had a duty to accept Spanish traders, since they, being under no obligation to buy Spanish goods, had the right to restrict access to their lands.”

⁷ For Vitoria, “in the long run, intervention even with the best of intentions, may well lead to tragic consequences” (Muldoon 2006, 128).

⁸ Vitoria (1991b [1534]).

versa" (278)), then, by analogy, the American indigenous peoples have as much right to enter Spain as the Spanish to enter the Americas. Of course, the Spanish did not simply "enter" the Americas in some morally innocuous way; they invaded, with violence, while practicing enslavement and cultural annihilation. Vitoria does not invite the indigenous peoples to lay waste his own country, *his* people, *his* faith community, of course. So, in light of the European decimation of foreign communities in the sixteenth century, why does he argue for a universal right to enter foreign communities? Is he mocking the indigenous peoples by constructing (as he so often does) a merely formal analogy, along the dimension of rights, when in fact the maldistribution of power between sixteenth century Europe and the Americas meant that cosmopolitan ideas could be deployed in this context only cynically, to justify the unjustifiable?

4. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: first step

I propose revising Vitoria's approach. That approach undermines, in the various ways I noted above, the cosmopolitan potential of *De Indis*. The cosmopolitan intuition of the text disallows all the ways the text in fact permits conquest, violent subjugation, and colonial oppression. That intuition comes into view once the theological, natural-law framework of Vitoria's approach to the American indigenous peoples is replaced with what I will call a "naturalistic" framework.

A naturalistic understanding lends itself to the cosmopolitan ideal of international relations as relations among equals. Realizing that ideal involves the project of generating free and wide agreement on some of the normative questions confronting political communities domestically and internationally.⁹ As possible answers, that project admits only those that, while not themselves natural scientific, do not contradict a naturalistic understanding of the world. Here a fundamental political question is: By what norms do we members of a particular political community wish to be governed, for what reasons, to what ends? This approach is receptive to Vitoria's cosmopolitan intuition that no people would choose the subaltern position vis-à-vis other peoples in the way that Vitoria's actual theologically based approach positions the Amerindians as subaltern vis-à-vis Europeans.

⁹ At least in polities open to reasoned debate, to public reason, and to a politically free public sphere.

In other ways as well, Vitoria's theological, natural law-approach justifies a deeply unequal relationship between the victors and the vanquished. This theological approach frames communication between the Spanish and the Amerindians as unidirectional, that is, not as a reasoned dialog among equals but Amerindians as the addressees and recipients of disciplining and civilizing instruction by the Spanish. He describes the Spanish as open to reasoned argument (even as the invaders behave poorly toward the invaded). By contrast, he describes the indigenous populations as inclined to unreason (if only because of "their evil and barbarous education" (250)). If, in Christian proselytization, "reasoning fails to win the acquiescence of the barbarians, and they insist on replying with violence, the Spaniards may defend themselves, and do everything needful for their own safety" (282).

Also on a theological approach, Vitoria depicts the Amerindians as "weak and childish," "innocent" (283); "by nature cowardly, foolish, and ignorant" (282); "insensate and slow-witted" (250). It is "understandable," then, if they are prone to unwarranted fears of, and then perhaps violence against, "men whose customs seem so strange, and who they can see are armed and much stronger than themselves" (282). So he grants the invading Europeans the right to enslave the invaded population: "if the barbarians ... persist in their wickedness and strive to destroy the Spaniards, they may then treat them no longer as innocent enemies, but as treacherous foes against whom all rights of war can be exercised, including plunder, enslavement, deposition of their former masters, and the institution of new ones" (283).

Vitoria describes this violence as "merely defensive" by analogy to the relationship between the Spanish and the French forces: "the French hold Burgundy in the mistaken but colourable belief that it belongs to them. Now our emperor Charles V has a certain right to that province and may seek to recover it by war; but the French may defend it. The same may be true of the barbarians" (282). But Vitoria is concerned that the invaders' *justified* violent self-defense *might exceed* the "bounds of blameless self-defence," that the invaders "may not exercise the other rights of war against the barbarians such as putting them to death or looting and occupying their communities" (282). Vitoria again takes a theological approach where he analogizes inter-European strife to conflict between the Spanish and the Amerindians: "all things are lawful against Christians if they ever fight an unjust war; the barbarians should receive no preferential treatment because they are unbelievers, and therefore can be proceeded against in the same way" (283). The Spanish certainly gave the indigenous peoples of America "no preferential treatment." Hernán Cortés led an expedition

in 1519 that resulted in the conquest of the Aztec Empire. In 1532, Francisco Pizarro led one that resulted in the conquest of the Inca Empire. By contrast, Spain conquered a fellow Christian nation, Portugal, in 1580 and ruled over it until 1640. But whereas Portugal survives to this day, the Aztec and Inca empires ended with the Spanish invasions. The Europeans granted themselves a robust right of self-defense; they granted no such thing to the indigenous peoples.

Here, too, we can unlock Vitoria's cosmopolitan potential by displacing his original theological approach, which leads to grave injustice toward the conquered Amerindians, with a naturalist approach, which can facilitate a politics of justice. Let us begin with the term *human nature*. Human nature can be understood in cosmopolitan fashion if understood as the self-understanding of the human species in the sense of normative self-reflection (for example, in response to the question: *What kind of moral beings should we aspire to be?*). Members of a political community could respond to this question by constructing human rights and then by assigning those rights to themselves. In so doing, they would be acting in a way compatible with a naturalistic approach –because social construction does not violate a natural scientific understanding of the world. However, that approach would be incompatible with a theological one, which posits human rights as an otherworldly phenomenon, not of human hand.

As we saw, Vitoria's theological approach allows for privileging Europeans over Amerindians. By contrast, to understand human nature and human rights as social constructions –which are compatible with a naturalistic approach– is to exclude no peoples from human rights and is to neither privilege nor deprive any peoples with regard to human rights, because no people would construct themselves as inferior to other peoples. Even in a world of profound cultural and other differences among peoples, the cosmopolitan goal of establishing moral and legal equality may plausibly be pursued, whereas in Vitoria's theological approach such a goal is precluded: where one set of traditions, cultures, and faiths represents itself as superior to others. Given their contingently greater military, technological, and economic power, the Europeans were able to pursue a conquest in the Americas that Vitoria then defends theologically. But if Vitoria's understanding of the indigenous peoples is placed instead on a naturalistic basis, the cosmopolitan potential of his thought can be freed from its parochial features, by allowing the Amerindians as well as the Spanish to ask: How might we humans construct the human nature we have reason to prefer by constructing the human rights we have reason to demand? The answer to this

question involves the replacement –with cosmopolitan political notions that a naturalistic approach facilitates– of the “essentialism” that marks natural law-notions of both human rights and human nature.

Theological natural law theory employs what I term *human nature-essentialism* and *human-rights essentialism*. It does so by positing human traits that are purportedly innate, invariant, universal, and unique. And it does so by construing a trait as having intrinsic moral value –intrinsic because natural law theory construes human nature as an essence. From the standpoint of logical consistency, the indigenous peoples of the world would, according to this theory, share in this essence no less than the Europeans. But Vitoria deploys theory in ways that render the indigenous people inferior to the Europeans along multiple dimensions. By doing so, he fails the cosmopolitan potential in his lecture.

Exchanging human-nature-essentialism with a notion of human nature as something socially constructed opens a path to allowing each people to assert its human nature and thereby reject any inferior moral status that others might otherwise assign to it. Understanding human nature as socially constructed implies recognizing that definitions of human nature are shaped by cultural, historical, and social contexts rather than by fixed biological or metaphysical essences. This perspective fosters a greater appreciation for the diversity of human experiences and the legitimacy of each group's self-conception. A people that views human nature as a social construct is more likely to understand that no group would define its human nature as inherently inferior. This realization promotes mutual respect and the recognition of equal moral status across different groups.

Viewing human nature as socially constructed leads to greater likelihood of mutual recognition for several reasons. First, when human nature is viewed as a construct, it encourages relativism and pluralism, where different cultures and societies are seen as equally valid. This perspective reduces the tendency to rank cultures hierarchically and instead promotes viewing them as different but equal expressions of human potential. Second, understanding that human nature is shaped by social contexts fosters empathy. People are more likely to appreciate the unique challenges and achievements of other groups when they recognize the socially constructed nature of identity and values. While such an outcome is not guaranteed, it is more likely among peoples who view human nature as a social construct than among those who see it as a fixed essence. The essentialist view tends to support static and hierarchical understandings of human differences, which can perpetuate inequality and moral superiority.

5. Inequalities with respect to self-determination and self-government

Vitoria disaggregates two meanings associated with the ancient Roman notion of dominion: first, ownership (which, according to Vitoria, the Amerindians enjoyed); second, jurisdiction or the authority to administer justice and enforce law throughout indigenous territory (which the Amerindians did not enjoy). As the Spanish crown extended its rule to territories in Central and South America through territorial conquest and subjugation, the invaded peoples lost both jurisdiction and ownership. The Spanish monarch himself convened the Real y Supremo Consejo de Castilla, composed of theologians and other experts in canon and civil law. In 1513, twenty-four years before Vitoria delivered his public lecture, the Consejo issued the *Requerimiento*. It proclaimed Castile's divine right to seize all the territories "discovered" by Spain in the *Indias Occidentales*.

Vitoria discusses communal "dominion" or self-determination in terms of territory. He asserts that the "Spaniards, when they first sailed to the land of the barbarians, carried with them no right at all to occupy" indigenous lands (264), lands the "barbarians undoubtedly possessed as true dominion, both public and private" (241). Hence the Amerindians "could not be robbed of their property, either as private citizens or as princes, on the grounds that they were not true masters" of that property (250-251). Vitoria rejects the colonial right of discovery claimed by Europeans: "barbarians possessed true public and private dominion," and while the law of nations "expressly states that goods which belong to no owner pass to the occupier," the "goods in question here had an owner," hence "they do not fall under this title" (264-265). Indeed, "granting that these barbarians are as foolish and slow-witted as people say they are, it is still wrong to use this as grounds to deny their true dominion; nor can they be counted among the slaves" (251).

In another rejection of reciprocity, Vitoria posits –but only for the Spanish– a right of humanitarian intervention. He allows intervention into indigenous affairs in response to the "personal tyranny of the barbarians' masters towards their subjects, or because of their tyrannical and oppressive laws against the innocent, such as human sacrifice practised on innocent men or the killing of condemned criminals for cannibalism" (287-288). Vitoria asserts that, "in lawful defence of the innocent from unjust death," his countrymen "may prohibit the barbarians from practising any nefarious custom or rite"; they may "force the barbarians to give up such rites altogether"; and

they may declare war on them if they resist, and even depose and replace their leadership with “new princes” (288). In the face of Spanish judgement, indigenous culture, traditions, and preferences count for nothing: “It makes no difference that all the barbarians consent to these kinds of rites and sacrifices, or that they refuse to accept the Spaniards as their liberators in the matter” (288). The Amerindians cannot represent or decide for themselves; they require the morally and civilizational superior Spanish to represent their best interests. Vitoria cannot contemplate the idea that perhaps the indigenous peoples of the Americas “may prohibit” the Spanish from “practicing any nefarious custom or rite.” Here he proclaims Spanish hegemony; he is hardly anticipating the “responsibility to protect” doctrine of today.¹⁰

Vitoria's defense of Spanish hegemony deflates his initially cosmopolitan claims about international reciprocity. For example, he states that treaties between an indigenous people and the Spanish crown are legitimate only if the indigenous party clearly understands what treaty terms entail for them –as well as the consequences of Spanish designs for indigenous interests (276). Treaties are legitimate only if the native populations freely consent to them: any decision by the “fearful and defenseless” peoples –“surround[ed]” by “armed men”– to recognize the Spanish colonializers and their monarch cannot be legitimate if made “in fear and ignorance” (276).

A “law of nations,” understood as international majoritarianism, offers one alternative to Spanish hegemony that Vitoria defends. But his lecture does not imagine any kind of cosmopolitan membership that would include non-European powers. While he may truly believe that “there are certainly many things which are clearly to be settled on the basis of the law of nations,” his claim that the “consent of the greater part of the world is enough to make it binding, especially when it is for the common good of all men (280-281), is meaningless in his own time, in a sixteenth century world of massive differences in power,¹¹ where the indigenous are not among those nations that would define one notion or another of international law, consent to it,

¹⁰ Adopted by the United Nations General Assembly in 2005 (<https://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.shtml>), the doctrine asserts the primary responsibility of individual nation states to protect their respective populations from mass atrocities and the “international community's” responsibility for assisting states in fulfilling that responsibility through timely and decisive action through diplomatic and humanitarian means and, if necessary, the use of force.

¹¹ And is meaningful today only to a very limited extent.

or otherwise determine what might be “for the common good of all men.”

In these ways, Vitoria's natural-law approach severely compromises the Amerindians' role in determining their own political affairs and renders them distinctly unequal to the Spanish. Even then, traces of cosmopolitanism can be found in Vitoria's brief exploration of resolving social and political issues through rational argument. Ideally, this process allows the best argument to prevail, rather than being influenced by extraneous factors such as the relative political, economic, military, and technological power of the involved peoples.¹²

6. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: second step

The cosmopolitan potential of rational argument across different peoples ceases with the conviction that “if the Christian faith is set before the barbarians in a probable fashion, that is with provable and rational arguments and accompanied by manners both decent and observant of the law of nature, such as are themselves a great argument for the truth of the faith, and if this is done not once or in a perfunctory way, but diligently and observantly, then the barbarians are obliged to accept the faith of Christ” (270).

Here Vitoria posits reasoned argument, then undermines that posit by asserting the necessity of one particular outcome, and by claiming that the Amerindians could not possibly reach any other reasoned outcome. But under these circumstances, the outcome is not reasoned; it is dogmatic. It is not the product of two sides achieving agreement through reasoned argument; it is a stronger peoples' imposition on weaker peoples. And the potential cosmopolitanism of Vitoria's notion of reasoned argument is undone by his account of reason as a peculiarly Christian trait: “man is the image of God by his inborn nature, that is by his rational powers” (242).

To be sure, Vitoria's defense of the freedom of conscience is striking for a sixteenth century theologian.¹³ He asserts that the

¹² In the sense of Habermas (1993).

¹³ But hardly unique with respect to the idea of tolerance within European communities. Vitoria is joined by the Dutch humanist Erasmus (1466–1536), who called for a more tolerant and open-minded attitude toward differing beliefs; the French philosopher Montaigne (1533–1592), who defended the rights of individuals to hold

“barbarians ... are not in point of fact madmen, but have judgment like other men”: “they have some order in their affairs: they have properly organized cities, proper marriages, magistrates and overlords, laws, industries, and commerce, all of which require the use of reason. They likewise have a form of religion, and they correctly apprehend things which are evident to other men, which indicates the use of reason” (250). Here Vitoria speaks in his most cosmopolitan voice, recognizing indigenous cultures and peoples in what Vitoria appears to view as universal categories of social organization. But his lecture cannot realize the potential of that cosmopolitanism when its author then judges indigenous peoples from the religious tradition that the author happened to have been born into (and that claims universal validity *a priori*). Vitoria cannot view his particular faith as historically and culturally contingent and perspectival. Perhaps no sixteenth century theologian could; many theologians today cannot.

On the one hand, Vitoria does not argue that the indigenous peoples need to convert to Christianity to be capable of self-governance, or that they need to adopt other European attitudes and behaviors. The Amerindians' right of dominion or self-governance is not “annulled by lack of faith” (245), whereby Vitoria, in speaking of faith, surely intends solely Christianity (indeed, Roman Catholicism).¹⁴ Vitoria is cosmopolitan in his support for freedom of individual conscience. That support stands in tension with what Vitoria regards as the singular, exclusive, and universal validity of his particular faith.

On the other hand, Vitoria constructs a kind of epistemic inequality, along three dimensions. First, he believes that the “barbarians are not impeded from being true masters, publicly and privately, either by mortal sin in general or by the particular sin of unbelief. Nor can Christians use either of these arguments to support their title to dispossess the barbarians of goods and lands” (246). Yet a belief that seems to display a certain tolerance of some of the ways the Amerindians differ from Europeans in fact invokes mortal sin and

their own beliefs and opinions without fear of persecution; and the German Protestant Reformer Luther (1483–1546), who emphasized the primacy of conscience in matters of faith. Other thinkers reject such tolerance.

The French theologian Calvin (1509–1564) imposed doctrinal standards and moral guidelines on the freedom of conscience. The English statesman and Catholic martyr Thomas More (1478–1535) believed that conscience must be guided by established religious authority and tradition, not by individual interpretation.

¹⁴ As one gathers for example from his contention that “a Catholic may lawfully purchase goods from a German heretic. It would be harsh if a Catholic could not lawfully buy or sell lands to a heretic in a Lutheran city” (246).

thereby applies to Amerindians a culturally thick theological notion¹⁵ entirely foreign to their own cultures and belief systems. Further, Vitoria nowhere entertains the thought that indigenous notions might be applied to Europeans, for whom such notions would also be quite foreign. Second, Vitoria argues that "under divine law a heretic does not forfeit his right of Ownership" (244). *Divine law* here refers to a peculiarly Christian construction that the Amerindians were unlikely to understand in the way that Vitoria addresses it to them. Third, Vitoria never asks himself: might the Christian conquistadores be impeded from being "true masters" because *they* violate indigenous cultural and normative precepts and understandings?

Along these dimensions, Vitoria's lecture betrays and negates the cosmopolitan openness to rational discourse that his buried intuition warrants: that the "barbarians are not bound to believe from the first moment that the Christian faith is announced to them," and that Christians cannot expect the Amerindians to be bound through "a simple announcement, unaccompanied by miracles or any other kind of proof or persuasion, that the true religion is Christian." It is "foolhardy and imprudent of anyone to believe a thing without being sure it comes from a trustworthy source." The "barbarians could not be sure of this, since they did not know who or what kind of people they were who preached the new religion to them" (269).

Yet Vitoria negates the cosmopolitan openness to rational discourse in a community of members mutually seeking (and perhaps sometimes finding) the better argument, freely and consensually. For he declares that the answer – "that the true religion is Christian" – is always already given, dogmatically, immediately, universally, regardless of any and all discussion and argument.¹⁶ His theological conviction contradicts the natural scientific observation that all humans are more or less equal in terms of evolved cognitive capacity: while "the chief attribute of man is reason," the Amerindians "were for so many thousands of years outside the state of salvation, since they were born in sin but did not have the use of reason to prompt them to seek baptism or the things necessary for salvation" (250).¹⁷

¹⁵ *Thick* in the sense I develop in Gregg (2003).

¹⁶ Accordingly, Vitoria reserves to Christians a religion-specific right of foreign conquest: "we do not deny the right of ownership" of "Saracens [i.e., Muslims] and Jews, who have been continual enemies of the Christian religion," "unless it be in the case of Christian lands which they have conquered" (251).

¹⁷ Note two further examples of Vitoria frustrating the cosmopolitan potential of his own thought. First, he imagines adjudicating disputed or contentious matters of international relations by law rather than force yet shatters that potential when he

7. Inequality with regard to indigenous freedom of conscience in the face of Christian proselytization

In two ways, at least, Vitoria adopts a parochial stance toward the status of the Amerindians' comprehensive belief-systems. First, the imperative of Christian conversion takes precedence over any possible indigenous perspective or preference. Vitoria views the indigenous peoples as unequal to the Spanish invaders in part because only the latter embrace the one true faith. The Amerindians, by contrast, stand in need of its moral instruction (even if they fail to realize as much). Vitoria allows the Amerindians a limited right to freedom from coercion along several dimensions. With respect to faith he avers that "war is no argument for the truth of the Christian faith. Hence the barbarians cannot be moved by war to believe" (272). With respect to customary practices, he declares that "Christian princes ... may not compel the barbarians to give up their sins against the law of nature, nor punish them for such sins" (273). And with respect to both, Vitoria concedes that the Amerindians, even though they "have never received any news of the faith or Christian religion" (269), nonetheless have developed systems of law and morality. They have shown themselves able to live with one another in peace. They are clearly capable of living, without Christian revelation, a good and moral life, indeed, one "according to the law of nature" (269).

Vitoria can attribute a natural law conscience to the indigenous peoples because he thinks of humankind in terms of a "human nature" that includes this trait (which is hardly surprising because *nature* for Vitoria is something profoundly Christian). So even as Vitoria posits a right of indigenous peoples to their own belief and cultural systems, he accords them no right to be free from the Christian

construes international law not as international agreements freely entered in, regulated by legal instruments jointly authored by all parties, but as the parochial commitments of a particular faith: the "law of nations, which either is or derives from natural law" (278). Diderichsen (2020, 24) may unintentionally confirm this conclusion where he writes that "Vitoria's somewhat guarded defense of Spanish colonialism was immensely important for both international law and later attempts at legitimizing various European colonial enterprises." Second, Vitoria makes the cosmopolitan claim that political communities enjoy dominion (or self-determination) independently of each other. He states that the Amerindians had "dominion" before being invaded by the Spanish and—in an absurd claim— even after. But what Vitoria claims to be self-determination is no act of communal autonomy but rather an act of divine heteronomy: "every dominion exists by God's authority, since He is creator of all things and no one may have such dominion unless he is given it by God" (241).

invaders' proselytization. On the contrary, the indigenous are "obliged to listen" to the Spanish (271), who may condemn them should they decline to "listen" (270): "if the barbarians permit the Spaniards to preach the Gospel freely and without hindrance, then whether or not they accept the faith, it will not be lawful to attempt to impose anything on them by war, or otherwise conquer their lands" (285). Thus "obliged at least to listen and consider what anyone may advise them to hear and meditate concerning religion" (271)¹⁸ –and absent any kind of reciprocal right to proselytize the Spanish– the indigenous peoples can make but one correct choice theologically: "to accept the faith of Christ under pain of moral sin" (271).

Note, yet again, the lack of reciprocity: for Vitoria it is self-evident that the indigenous, in their own lands, are properly addressees of Christian proselytization. For him it is self-evident that the Spanish may enforce the imperative of proselytization against the will of the indigenous, and that the indigenous are constrained to allow themselves to be proselytized. And it is self-evident that the Spanish, living in indigenous lands without invitation or permission, cannot possibly be addressees of indigenous proselytization.

Further, Vitoria justifies violence in pursuing this imperative of Christian proselytization:¹⁹ "if the barbarians [...] obstruct the Spaniards in their free propagation of the Gospel, the Spaniards, after first reasoning with them to remove any cause of provocation, may preach and work for the conversion of that people even against their will, and may if necessary take up arms and declare war on them, insofar as this provides the safety and opportunity needed to preach the Gospel. And the same holds true if they permit the Spaniards to preach, but do not allow conversions, either by killing or punishing the converts to Christ, or by deterring them by threats or other means" (285).²⁰

¹⁸ The full clause reads: "they are obliged to listen, because if they were not obliged to hear they would be beyond all salvation through no fault of their own" (271).

¹⁹ With the opaque qualification: "so long as [the Spanish] always observe reasonable limits and do not go further than necessary" (286).

²⁰ He adds: "such actions would constitute a wrong committed by the barbarians against the Spaniards ... and the latter therefore have just cause for war" (285). Vitoria defines *just wars* as "those which avenge injustices, when a nation or city is to be scourged for having failed to punish the wrongdoings its own people or to restore property which has been unjustly stolen. If the barbarians have done no wrong, there is no just cause for war," hence just war cannot justify the Spanish "occupying the lands of the barbarians and despoiling their previous owners of them" (270). Yet Vitoria then

8. Vitoria's abiding cosmopolitan potential released: third step

Part 2 developed one approach, and part 4 developed another, toward liberating the cosmopolitan potential of Vitoria's lecture. Each approach substitutes the lecture's basis in natural law with a basis in social construction (which aligns with naturalism). I conclude with one final proposal to free the cosmopolitan potential of Vitoria's intuition about the humanity of the Amerindians. I do so with respect to two concepts. First, I reject one widespread way of framing human rights, and second, I reject one common approach to viewing human nature. I argue that neither human rights nor human nature should be imagined as some kind of unchanging essence quite independent of human culture over time. Rather, each should be understood as a social construct.

First, I reject what I call "human rights-essentialism." Most accounts of human rights cast them in terms of rights universally valid *a priori*, in some ways akin to Vitoria's understanding of the natural law as equally valid for the Spanish who brought it to American shores and the indigenous peoples on whom the Spanish imposed it. Most versions of the human rights project²¹ invoke one or the other notion of human nature as their normative foundation. Some versions regard human nature as an essence of some kind. The United Nations' 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, for example, sources human rights in a human individual's "inherent dignity" where "dignity" functions in the document as a trait morally essential to human nature.²²

Other forms of human rights-essentialism ground human rights in human biology. Human rights so conceived use biological traits such as

says that "if the business of religion cannot otherwise be forwarded, ... the Spaniards may lawfully conquer the territories of these people, deposing their old masters and setting up new ones and carrying out all the things which are lawfully permitted in other just wars by the law of war" (285-286). To modern ears, he sounds as if he is mocking the victims of Spanish conquest when he states that the Spanish "must ... always direct all their plans to the benefit of the barbarians rather than their own profit," where *profit* may be understood to include the colonial imperative of Christian conversion (286).

²¹ By the term *human rights project*, I refer to social, political, philosophical, and legal movements to advance human rights thinking and practice as widely and deeply as possible (Gregg 2012 and 2016). In that quest, the project contributes to broader social movements seeking to limit government and to restrain state sovereignty (for example, through liberal constitutions and bills of rights, or by opposing racism and sexism, torture, and genocide).

²² Universal Declaration of Human Rights, *adopted* 10 Dec. 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. GAOR, 3d Sess, U.N. Doc. A/RES/3/217A (1948).

"potentiality, life, sentience, consciousness, [and] self-consciousness" to "establish our basic universal entitlements" (Cochrane 2012, 309, 310). Yet other forms ground human rights in the capacity for rational and principled agency (Griffin 2008; Gewirth 1982); in a range of capabilities²³ (Nussbaum 1998); in a set of shared basic interests (Tasioulas 2010); or in kinds of vulnerability regarded as peculiarly human (Turner 1993).

Theological and biological forms of human rights-essentialism are both vulnerable on multiple fronts. Consider the linked claims that some human capacities (such as language use) may be "natural" and universally present in the species. These claims do not entail a fixed human nature. They do not entail the moral status of those features. Even if one believes that moral capacity requires certain biological characteristics (such as a nervous system, sentience, cognition, and self-consciousness), one would still have to show that these characteristics have a moral status. No one has ever shown as much. And the status of being a bearer of human rights can hardly follow from biological traits which have no moral status.

Now consider an alternative way of framing human rights, a way that can contribute to freeing the cosmopolitan potential of Vitoria's thought: a rights claim is always a *cultural* claim because all norms, including human rights, are cultural artifacts. As such, they can only be contingent preferences. They can be valid only for the cultures and communities that embrace them (even as some cultures and communities may often face political or other imperatives to stress what is shared across such cultural differences).²⁴ They cannot be valid

²³ For example, capabilities to live to the end of a human life of normal length; to have good health; to be secure against violent assault; to use one's mind in ways protected by guarantees of freedom of expression; to engage in critical reflection about the planning of one's life; to have the social bases of self-respect; and to have control over one's political and one's material environments.

²⁴ For example, in 1947 the American Anthropological Association (AAA) objected to the United Nations' proposed Universal Declaration of Human Rights, asking: "How can the proposed Declaration be applicable to all human beings, and not be a statement of rights conceived only in terms of the values prevalent in the countries of Western Europe and America?" Yet fifty years later the AAA officially embraced the idea of human rights, now finding the idea compatible with "anthropological principles of respect for concrete human differences, both collective and individual, rather than the abstract legal uniformity of Western tradition." In one respect, AAA's 1999 statement coheres with its 1947 statement: it maintains that irreducible cultural differences exist no less than tensions between such differences and the uniformity of any system of normative rules (including human rights). But in 1999 the AAA argued that human rights norms can be reconciled with irreducible cultural differences among

a priori or valid independent of membership in political community. As cultural artifacts, they are constructed within political community. They are possible only within it; there are no legal (or other) rights outside of, or antecedent to, political community.

Second, I reject what I term “human nature-essentialism.” It is connected to human rights-essentialism. Human rights-essentialism “entails that rights exist prior to membership in a community” and, in many versions, it locates them in human nature, “either human nature as such or in a characteristic or power ... thought to be essential to a human being” (Parekh 2007, 773). There are more than thirty recent scholarly accounts of the term *human nature*. There are even more religious accounts (as well as folk versions) (Fuentes 2008). Many of the latter -including Vitoria's natural law version- employ human nature-essentialism. It posits essential human traits. This is a notion of fixed traits with multiple qualifiers. These are traits that do not vary across cultures (Griffiths, Machery and Liguist 2009). They are present at birth, that is, they are not acquired through education or any other form of socialization within human community, and independent of their environment. These traits are invariant, which entails an historically unchanging “core” of human traits, constraining all possible diversity²⁵ and variation in traits and capacities, even as it may allow for some malleability.²⁶ The traits are universal: the relevant traits affect some aspects of all human cultures and, from an anthropological standpoint, lead to a limited set of cultural universals (Pinker 2002).²⁷ And they are unique: while they

different communities. Tellingly, it neglected to say just how. Likely it was unable to say just how; on this point, political imperatives “colonized” the discipline.

²⁵ Diverse evolutionary processes, including drift, adaptation, and phylogenetic constraints, have contributed to widespread human traits. Such traits by definition cannot be necessary but only contingent.

²⁶ If one thinks of human nature as traits and behaviors that are shared in patterns, one confronts the question: to what extent are these patterns fixed, and to what extent, malleable? Human nature-essentialism argues for strongly fixed traits and would regard an extremely malleable nature as no nature at all. By contrast, a non-essentializing account argues that abiding cultural patterns generate the cultural similarity that underlies so much of the variation within and among human cultures. The resilience of these patterns over time can be explained in a this-worldly way. While not itself naturalistic (the patterns are not biologically determined nor are they products of natural selection), this way does not contradict a naturalistic understanding of the world. The resilience of some cultural patterns does not require innate, invariant, or otherwise “essential” traits; it does not require an otherworldly account. Compare Gregg (2021).

²⁷ Yet traits universally present are not necessarily adaptations. An adaptation is not necessarily universal but could be local.

express themselves in most individuals, they are unique to the species.²⁸

But if framed naturalistically, with implications that can contribute to freeing the cosmopolitan potential of Vitoria's thought, human nature is understood to be something learned in particular cultures at particular times. It is then a phenomenon contingent,²⁹ historically and culturally embedded, plural, and one that changes over time. Human nature is something acquired through learning and teaching (Downes and Machery 2013).

So conceived, it is not a static essence with innate properties; it marks a dynamic relationship between biology and culture.³⁰ That relationship can be modeled in various ways (Gregg 2022). For example, changes in ecologies affect patterns, foci, and intensity of natural selection, in turn affecting ecological inheritance. I refer to the "niche construction model," according to which organisms influence their local ecologies and consequently their evolutionary trajectories. Organisms are shaped by their ecologies even as they shape their ecologies. According to a different approach, the "gene-culture co-evolution model," human biology and human culture influence one

²⁸ The conceptual overlap among these traits entwines them in any given account.

²⁹ The question of contingency is one of the many ways that human nature and human rights intersect. If human nature is contingent, as Harris (2011) urges, because evolved human genetic identity, by definition, is not fixed, then it can hardly ground human rights if human rights are construed as permanent and unchanging, necessary and not contingent.

³⁰ According to Tomasello (2019, 4), "human individuals come to the species-unique cognitive and social abilities necessary for participating in cultural coordination and transmission" by three developmental pathways. First, the "maturation of children's capacities for shared intentionality," with the emergence of joint intentionality at round nine months of age," and then with the "emergence of collective intentionality at around three years of age" (ibid., 8). Second, individual participants learn to grasp and adopt the perspective of other individuals, leading to a shared perspective whereby different persons can identify the same (jointly identified or perceived) concern, focus on the same (jointly perceived or identified) idea (including things not real or not present) or object (including objects not present or out of sight). Third, "children attempt to executively self-regulate their thoughts and actions not just individually, as do many primates, but also socially, through their constant monitoring of the perspectives and evaluation of social partners on the self" (ibid., 9). Here we have an empirically informed account the origins of the human capacity for morality and, ultimately, the kind of politics that can lead to the social construction of human rights. Tomasello locates in our organic nature the pre-history of our socio-cultural learning processes. These require social-cognitive conditions independently of genetic adaptation. Evidently humans cannot be "humans" without the culture that unlocks the potential of the biological human. Humans construct themselves culturally by drawing on their biology, and biologically by drawing on their culture.

another reciprocally. In both models, human agency is itself a source of variation in human genetics and human culture. Variation is a significant means of evolutionary change just as cultural variation is a means of cultural change. Both human biology and human culture transfer phenotypic variations from one generation to the next (Jablonka and Lamb 2005).

This observation is consequential for the project of releasing the cosmopolitan potential in Vitoria's lecture *On the American Indians*. The lecture could fully embrace its occasional intuition that the indigenous peoples possess the same human nature, and are capable of bearing the same human rights, as Europeans. And the lecture could fully abandon its repeated assertions of inequality among different peoples and their respective cultures, polities, economies, and belief systems. Vitoria's argument would then grasp the cultural differences not as essential but as contingent variations that, like all human artifacts, can be (and have been) endlessly molded and reshaped over time, across the globe. In doing so, Vitoria could fully embrace his intuition that the indigenous peoples and the Europeans can relate to each other as moral equals.

Human nature as a social construction, like human rights as a social construction, can avoid the anti-cosmopolitan parochialism of essentializing approaches. Vitoria's theological natural law provides no support for international relations based on equality and reciprocity because it cannot see beyond its own historically and culturally embedded standpoint. And from that embeddedness, chauvinism may follow. Excising the essentializing elements in Vitoria's lecture, and replacing them with social construction, would strengthen Vitoria's cosmopolitan intuitions. Those intuitions support European/indigenous relations on the basis of tolerance of difference and of insistence on equality.

This approach understands human nature and human rights not as static essences but as examples of adaptation to historical experiences, natural environments, and cultural commitments. Adaptation here is cultural not biological. The human species is a cultural species: it accomplishes most of its tasks in communal and individual life by means of cultural learning (Ayala 2012; Richerson and Boyd 2008). Cultural evolution is possible through human intelligence, which allows human communities to adapt themselves to their changing environments and their shifting self-understandings, particularly through teaching and learning (Gregg 2014 and 2015). The plasticity or malleability in outcomes of human development allow one to envision indigenous peoples interacting with Europeans not as

inherently inferior but as moral equals. As moral equals, each has reason to embark on the same cosmopolitan project of just relations among peoples.

Conclusion: Realizing a sixteenth century cosmopolitan intuition for indigenous peoples today

De Indis constructs differences among the European and the indigenous peoples of America in ways that undermine Vitoria's cosmopolitan intuition of fundamental moral equality of the Spanish and the Amerindians. One set of differences preexisted the arrival of Europeans in the Americas: differences in culture, political community, economy, and belief system. Another kind of difference commences with that arrival: differences in power, from technology and military might to economy.

My argument focuses on a third set of differences that springs from inequalities created by colonial conquest. I identified several types of inequality in Vitoria's treatment of the Amerindians: with respect to rights to territorial sovereignty and self-defense (part 1); with respect to self-determination and self-government (part 3); epistemically (i.e., Spanish cultural and normative precepts and understandings apply to the Amerindians but those of the indigenous peoples do not apply to the Spanish) (part 4); and with regard to indigenous freedom of conscience in the face of Christian proselytization (part 5). Expressing the cosmopolitan potential of Vitoria's lecture requires abandoning the essentializing, theological, natural-law basis on which Vitoria draws such distinctions. He can regard them as justified only because he views them as somehow essential. But the cosmopolitan in Vitoria knows that they are not. They are social constructs.

Social construction, compatible with a naturalistic rather than theological understanding of the world, reveals these differences to be contingent rather than essential, human-made rather than divinely ordained.

Once these differences are shown to be constructions of Spanish colonial conquest, one is prepared to regard, as contingent, material inequalities among different peoples and communities in the sixteenth century. One can then see that the extraordinary wealth, power, and technological and scientific capacity of sixteenth century Spain does not entail the moral superiority of the Spanish vis-à-vis the Amerindians. One can see that the material status of a culture at any given time has no otherworldly significance that implies which peoples

may rightfully conquer and colonize others. This insight –based on the contemporary social scientific approach of social construction, with its thisworldly naturalism in contrast to otherworldly natural law–promotes Vitoria's cosmopolitan intuition about the moral equality of different peoples in ways plausible in today's world. This is one potential of Vitoria's lecture from 490 years ago: to contribute, in the twenty-first century, to discouraging violent forms of social, economic, and political interaction among peoples; to encouraging tolerance for the multiplicity of different cultural traditions and experiences worldwide; and to reworking ever greater globalization in de-colonizing ways.

This potential leads to another. The cosmopolitan potential of Vitoria's lecture is obstructed by its medieval theological framework of scholastic reasoning (the framework of the School of Salamanca). The importance of rescuing that potential from five centuries ago lies in promoting the promise of international law today. Each of this essay's six parts identified this obstruction in one of its forms: (1) While Vitoria acknowledges the idea of reciprocal principles in Spanish/indigenous relations, he justifies Spanish violations. (2) In place of a theological approach that justifies unequal relationships, Vitoria's lecture could be reformulated within a naturalistic framework that would allow each group to construct its own human rights. (3) While acknowledging Amerindians' land ownership, Vitoria asserts Spanish hegemony and a unilateral right of intervention. (4) While sympathetic to freedom of conscience, Vitoria is unable to judge indigenous cultures from any perspective other than that of scholasticism. (5) Although at points he yearns for reciprocity between Amerindians and Europeans, Vitoria prioritizes Christian conversion over indigenous perspectives. (6) Vitoria's natural-law theology takes an essentializing approach to human rights, thereby fixing human traits with inherent moral significance. And it takes an essentializing approach to human nature, positing innate, unchanging human traits as the basis for rights. On this basis, Vitoria's lecture can justify Spanish injustice toward the Amerindians.

But if human rights and human nature can be understood as social constructs, Vitoria's thought could transcend cultural parochialism and realize its cosmopolitan intuition of indigenous/European interaction on the basis of equality, reciprocity, and moral equality. International law requires just such a basis. I imagine here a basis that does not yet exist. National sovereignty is the fundamental principle of political organization in the world today. In many cases, national sovereignty functions as a domestic warrant for disregarding international law. So

in a world of national sovereignties, international law works best when based on the consent of all participating states. Yet even states that formally agree to international instruments may not actually observe them (Hathaway 2002).

Even customary international law and peremptory norms or *jus cogens* (prohibiting, say, wars of territorial aggrandizement, some of which victimize indigenous peoples), which presume to bind states even without their consent, in most cases lack an enforcement mechanism. Moreover, international law does not codify any set of rights that is universally embraced by all nations equally. Correspondingly, there is no consensual, internationally accepted understanding of the term *indigeneity* or of what makes an indigenous people indigenous. There is no global indigenous identity that includes all self-identified indigenous peoples (Gregg 2019).

Not surprisingly, today state-based indigenous rights in many cases are more effective than rights promised by international law.³¹ International law aims at stable and organized relations among states. It rarely benefits indigenous communities because the fate of indigenous peoples rests largely with the nation state in which

³¹ State-level implementation in some cases has yielded more tangible outcomes compared to international promises. For example, the Canadian government has made significant strides in recognizing and implementing indigenous rights through agreements and treaties, such as the creation of Nunavut, the settlement of comprehensive land claims, and ongoing efforts towards reconciliation. Further, in New Zealand, the Treaty of Waitangi and subsequent legal interpretations and settlements have provided a framework for addressing Maori rights within the state's legal system, resulting in tangible benefits and recognition of Maori land and cultural rights. And although there are ongoing challenges in Australia, state-based efforts like the Native Title Act and various land rights legislations have provided frameworks for the recognition and protection of indigenous land rights. By contrast, despite constitutional protections, indigenous lands in Brazil face significant threats from illegal logging, mining, and agricultural expansion. The government has often failed to enforce land rights and protect indigenous communities from encroachments. Indigenous communities in India frequently face displacement and marginalization due to large-scale development projects such as dams, mining, and industrial activities. State protections are often inadequate to prevent these displacements. In Indonesia, indigenous land rights are frequently overridden by commercial interests, particularly in the palm oil and logging industries. Government policies and enforcement often favor large corporations over indigenous claims. Indigenous peoples in Malaysia, particularly in Sarawak and Sabah, face extensive logging and land conversion activities that threaten their traditional lands. Legal protections are weak, and enforcement is often biased in favor of commercial interests. And indigenous communities in Siberia and the Russian Far East face significant challenges from oil, gas, and mining operations. The government's focus on resource extraction often overlooks or undermines indigenous rights and environmental protections.

indigenous peoples live. The “international legal status of indigenous peoples” rests on the “sovereign power of the States in which they are located” (Macklem 2015, 162).

To be sure, the last six or seven decades have seen various international efforts to benefit indigenous peoples. Among other instruments, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples³² and the International Labour Organization's Convention (No. 169)³³ advocate for indigenous peoples at a politically elite level. Yet the political force of such efforts in many cases is not primarily legal –in the sense of legally binding domestic legal systems; often the political force is only rhetorical and symbolic.³⁴

To facilitate indigenous self-identification, self-determination, and rights in today's world, an alternative to current international law is needed. Needed is a kind of international law that replaces our status quo in which the “principles, norms, and procedures that fall within the rubric of international law remain substantially state-centered and the rhetoric of state sovereignty continues as central to international legal discourse” (Anaya 1996, 39). Today, states –not indigenous peoples– find support in international instruments that generally are the work of state representatives and are state-centric.

³² “DOTROIP-24-2-PDF”

³³ See: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C169,/Document

³⁴ While conventions are legally binding once ratified by states, not all international instruments are conventions. One example: the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2007 is a declaration, not a convention. Even as it is highly influential and widely regarded as a significant document in the field of indigenous rights, it is not legally binding under international law. Further, the extent to which even conventions are implemented and enforced varies significantly among countries. Ratification does not, in all cases, translate to full and effective implementation. A second example: as of 2024, only 24 countries have ratified the legally binding Indigenous and Tribal Peoples Convention no. 169 (ILO 169). The United States, Canada, and Russia, among many countries with significant indigenous populations, have not ratified it. Further, extent of implementation varies even among ratifying countries. In South America, for example, Brazil and Peru ratified ILO 169 but confront significant challenges in fully implementing provisions especially regarding land rights and consultation processes. A third example: while the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) legally binds ratifying countries, many countries have entered reservations or interpretive declarations that limit their obligations. Some interpret the rights to self-determination and cultural preservation in ways that do not fully align with indigenous peoples' expectations. The Human Rights Committee, which oversees the implementation of the ICCPR, issues recommendations and observations, yet these are not legally binding. In short, the effectiveness and binding nature of international instruments depend on the specific legal, political, and social contexts of each state.

How might international instruments contribute to the project for indigenous rights today? Imagine international law that made the enjoyment of state sovereignty and national territorial integrity contingent on the state's protection of indigenous peoples in its territory from ethnic cleansing or genocide. Further, imagine international law that specified: if the nation state commits either act against an indigenous group, or if a state is unable to prevent other forces (religious or political, for example) from committing such acts, then an indigenous human right to external self-determination –that is, to secession– becomes more than plausible. Such international law does not exist today (Barelli 2011, 414-415).

I propose a profound cultural revision in the ways that indigenous peoples are constructed as the passive addresses of elite international legal instruments. It might begin with some of the ways in which the West, including Vitoria, framed some indigenous peoples 500 years ago. Replacing human-nature-essentialism with human nature understood as a social construct provides indigenous peoples the opportunity to assert their own human nature and to reject the inferior moral status assigned them by Vitoria's lecture. Replacing human-rights-essentialism with the notion of human rights as a social construct provides each indigenous people the opportunity to author its own human rights and to reject its exclusion from human rights, for example in Vitoria's lecture. These replacements can liberate the cosmopolitan potential inherent in Vitoria's understanding of the humanity of the Amerindians. Doing so can contribute to a needed rethinking of international law today.

References

- Altwickler, Tilmann. 2020. «Justice Beyond Borders – Extraterritorial Obligations from Thucydides to Grotius.» *Rechtsphilosophie: Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 6 (3): 234-248.
- American Anthropological Association. 1947. *Statement on human rights, committee for human rights*. Accessed December 14, 2022. <https://humanrights.americananthro.org/1947-statement-on-human-rights/>
- American Anthropological Association. 1999. *Declaration on anthropology and human rights, committee for human rights*. Accessed December 14, 2022. <http://www.aaanet.org/stmts/humanrts.htm>.
- Anaya, James. 1996. «'Indigenous Peoples' in International Law: A constructivist approach to the Asian controversy.» *American Journal of International Law* 92: 414-457
- Ayala, Francisco. 2012. *The big questions: evolution*. London: Greenfinch

- Bain, William. 2013. «Saving the innocent, then and now: Vitoria, dominion and world order.» *History of Political Thought* 34 (4): 588-613.
- Barelli, Mauro. 2011. «Shaping Indigenous Self-Determination: Promising or Unsatisfactory Solutions?» *International Community Law Review* 13: 413-436.
- Barroso, Leonor D. and André A. Alves. 2019. «Vitoria and Erasmus on the Justice of War», in *Empire, humanism and rights*, edited by José María Beneyto, 171-187. Cham: Springer Nature.
- Bunge, Kirstin. 2017. «Francisco de Vitoria: A redesign of global order on the threshold of the middle ages to modern times», in *System, Order, and International Law: The early history of international legal thought from Machiavelli to Hegel*, edited by Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, and David Roth-Isigkeit, 38-55. Oxford: Oxford University Press.
- Chetail, Vincent. 2016. «Sovereignty and migration in the doctrine of the Law of Nations: an intellectual history of hospitality from Vitoria to Vattel.» *European Journal of International Law* 27 (4): 901-922.
- Cochrane, Alasdair. 2012. «Evaluating 'bioethical approaches' to human rights», *Ethical Theory and Moral Practice* 15 (3): 309-322.
- Diderichsen, Adam. 2020. «The right to travel: Cosmopolitanism as imperial ideology», in Mogens Jacobsen, Emnet Gebre, Drago Župarić-Ilijić, eds. *Cosmopolitanism, migration and universal human rights*. Cham: Springer.
- Dierksmeier, Claus. 2019. «Globalization ethics in the sixteenth century? Why we should re-read Francisco de Vitoria», in *Bartolomé de las Casas: History, philosophy, and theology in the age of European expansion*, edited by David Orique and Rady Roldán-Figueroa, 197-217. Leiden: Brill.
- Downes, Stephan and Edouard Machery, eds. 2013. *Arguing about human nature: Contemporary debates*. New York: Routledge.
- Fuentes, Augustin. 2008. *Evolution of human behavior*. Oxford: Oxford University Press.
- Hathaway, Oona. 2002. «Do human rights treaties make a difference?» *Yale Law Journal* 111: 1935-2042.
- Kopel, David, Paul Gallant and Joanne Eisen. 2007. «The human right of self-defense.» *Brigham Young University Journal of Public Law* 22 (1): 43-178.
- Gewirth, Alan. 1982. *Human rights: Essays on justification and applications*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gregg, Benjamin. 2003. *Thick Moralities, Thin Politics: Social Integration across Communities of Belief*. Duke University Press. Durham.
- Gregg, Benjamin. 2012. *Human Rights as Social Construction*. New York: Cambridge University Press.
- Gregg, Benjamin. 2014. Teaching Human Rights in the College Classroom as a Cognitive Style. In J. Shefner, H. Dahms, R. Jones, and A. Jalata, eds. *Social Justice and the University*. Basingstoke, UK: Palgrave:253-279.
- Gregg, Benjamin. 2015. Advancing Human Rights in Post-Authoritarian Communities through Education. *Journal of Human Rights Practice* 7 (2):199-222.

- Gregg, Benjamin. 2016. *The Human Rights State: Justice Within and Beyond Sovereign Nations*. University of Pennsylvania Press. Philadelphia.
- Gregg, Benjamin. 2019. Indigeneity as Social Construct and Political Tool. *Human Rights Quarterly* 41 (4):823–848.
- Gregg, Benjamin. 2021. Against Essentialism in Conceptions of Human Rights and Human Nature. *Human Rights Quarterly* 43:313–328.
- Gregg, Benjamin. 2022. *Creating Human Nature: The Political Challenges of Genetic Engineering*. New York: Cambridge University Press.
- Griffin, James. 2008. *On human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Griffiths, Paul, Edouard Machery and Stefan Linquist. 2009. «The vernacular concept of innateness.» *Mind and Language* 24: 605-630.
- Harris, John. 2011. «Taking the 'human' out of human rights.» *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 20 (1): 9-20.
- Habermas, Jürgen. 1993. *Moral consciousness and communicative action*. Cambridge: Polity.
- Idris, Murad. 2023. «Political theologies of Christian missionaries, European colonialism, and postcolonial resistance.» *Journal of International Political Theory* 19 (1): 139-146.
- Macklem, Patrick. 2015. *The sovereignty of human rights*. New York: Oxford University Press.
- Muldoon, James. 2006. «Francisco de Vitoria and Humanitarian Intervention.» *Journal of Military Ethics* 5 (2): 128-143.
- Jablonka, Eva and Marion Lamb. 2005. *Evolution in four dimensions: genetic, epigenetic, behavioral, and symbolic variation in the history of life*. Cambridge: MIT Press.
- Nussbaum, Martha. 1998. «Capabilities and Human Rights.» *Fordham Law Review* 66: 273-300.
- Osborne, Thomas. 2023. «Francisco de Vitoria on the nature and source of civil authority.» *Review of Politics* 85: 1-22
- Ostler, Jeffrey. 2015. «Genocide and American indian history.» *Oxford Research Encyclopedia of American History*. Doi: 10.1093/acrefore/9780199329175.013.3
- Parekh, Sarena. 2007. «Resisting 'Dull and Torpid' assent: returning to the debate over the foundations of human rights.» *Human Rights Quarterly* 29: 754-778.
- Pinker, Steven. 2002. *The Blank Slate: The modern denial of human nature*. London: Penguin.
- Richerson, Peter and Robert Boyd. 2008. *Not by genes alone: How culture transformed human evolution*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rodríguez-Santiago, Elizabeth. 2016. «The evolution of self-determination of peoples in international law», in *The theory of self-determination*, edited by Fernando Tesón, 201-240. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tasioulas, John. 2010. «Taking rights out of human rights.» *Ethics* 120: 647-678.
- Tomasello, Thomas. 2019. *Becoming human: A theory of ontogeny*. Cambridge: Harvard University Press.

- Turner, Bryan. 1993. «Outline of a theory of human rights.» *Sociology* 27: 489-512.
- Vitoria, Francisco de. 1991a. «On the American Indians», in *Vitoria: Political writings*, edited by Anthony Pagden and Jeremy Lawrance, 231-292. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vitoria, Francisco de. 1991b. «Letter to Miguel de Orcos, 8 November 1534», in *Vitoria: political writings*, edited by Anthony Pagden and Jeremy Lawrance, 331-333. Cambridge: Cambridge University Press.

Garrido, María Belén. 2022. *Rupturas presidenciales: las acciones de la fuerza pública ante movimientos noviolentos del Ecuador en 1997, 2000 y 2005*. Sevilla: Universo de letras. 382 p.

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.3073>

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Las crisis presidenciales han sido una constante en América Latina a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Estas crisis han limitado la permanencia en el cargo de funcionarios electos y han tenido como uno de sus detonantes la participación de movimientos sociales que buscaron mejores condiciones económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales. Los intermitentes y continuos niveles de inestabilidad política han llamado la atención de muchos académicos que han visto estos problemas desde diferentes perspectivas. Sin embargo, pocos académicos han intentado enfocarse en los medios noviolentos y de resistencia civil que han permitido transformar las crisis político sociales en la región.

El libro *Rupturas presidenciales: las acciones de la fuerza pública ante movimientos noviolentos del Ecuador en 1997, 2000 y 2005* de María Belén Garrido irrumpe con un análisis que parte del presupuesto de que las rupturas presidenciales, en las cuales presidentes electos no han terminado su mandato, se relacionan con democracias híbridas. En este contexto, en la región se observan fenómenos *sui géneris* que lindan entre la democracia y el autoritarismo. Uno de los principales aportes de la autora es estudiar a Ecuador a partir de tres variables interrelacionadas: a) la fuerza pública (Fuerzas Armadas y Policía), b) tres gobiernos que sufrieron rupturas presidenciales (Abdalá Bucaram en el año 1997, Jamil Mahuad en el año 2000 y Lucio Gutiérrez en el año 2005) y c) los movimientos de resistencia civil que se opusieron a los gobiernos de turno. El libro analiza las crisis presidenciales en el período 1997-2005.

La autora estudia el caso de Ecuador a partir de la pregunta de investigación “¿cuáles fueron los principales factores que incidieron en la fuerza pública para que el grado de represión a los movimientos noviolentos en las rupturas presidenciales de Abdalá Bucaram (1997), Jamil Mahuad (2000) y Lucio Gutiérrez (2005) fuese mínimo?” (p. 32). La investigación adapta el marco analítico de Zoltan Barany (2016) y deriva tres preguntas subsidiarias. Primero, ¿cuáles fueron los factores

más importantes en el seno de la fuerza pública que influyeron en sus decisiones para que la represión política ejercida fuese mínima en cada una de las tres salidas anticipadas del poder? Segundo, ¿qué factores incidieron en las relaciones entre los gobernantes de turno con la fuerza pública para que el alto mando les negara el respaldo a los presidentes y decidiese no reprimir a la población? Y, tercero, ¿qué características, estrategias y tácticas de los movimientos de resistencia civil influyeron en una menor represión de la fuerza pública?

Rupturas presidenciales aplica tres estrategias para realizar la investigación. Primero, la autora desarrolla un involucramiento de largo aliento en el tema para identificar dónde y cómo obtener información durante el trabajo de campo. Segundo, en la investigación se aplica una triangulación de los datos (fuentes primarias, secundarias y entrevistas) y una triangulación teórica (estudios de la ciencia política, de las relaciones cívico-militares y de resistencia civil). Tercero, la autora aplica la comparación como método de control de la investigación. Las tres estrategias permiten analizar los tres casos de estudio en el Ecuador.

El libro se estructura por una introducción, cuatro capítulos y conclusiones. En el primer capítulo se plantean los presupuestos teóricos relacionados con los conceptos de *conflictos domésticos*, *represión política* y *resistencia civil*. Además, se abordan los estudios sobre rupturas presidenciales y se delimitan categorías como crisis de gobernabilidad, semitutelaje de las rupturas presidenciales (actores, razones y formas de reaccionar de militares en rupturas presidenciales) y características de los movimientos no violentos. También, en este capítulo se exponen los estudios sobre dinámicas entre movimientos no violentos y fuerzas públicas en el Ecuador.

En el segundo capítulo se presenta el diseño y método de investigación utilizados. La investigación se plantea en términos de estudio de caso, comparativo, cualitativo e interpretativo. La autora expone el proceso de selección, recolección, manejo, procesamiento y análisis de datos. Aquí se identifican semejanzas y diferencias de los tres casos de estudio.

En la investigación se aplica el método de teoría fundamentada que permite codificar la información a partir de cuatro tipos de datos: textos, audios, vídeos y notas. Las entrevistas semi estructuradas a diversos actores en distintos niveles permite abordar el problema de investigación desde varios ángulos y perspectivas. El resultado posibilita la generación de un código paradigma, compuesto por categorías principales y subcategorías, que responde a la pregunta de investigación.

El tercer capítulo delimita y examina el contexto histórico. La autora analiza los principales cambios y la situación de los actores al momento

de las rupturas presidenciales en el Ecuador. En este capítulo se examinan las características de la fuerza pública a finales del siglo XX. Se analizan los principales acontecimientos políticos y económicos entre los años de 1979 y 1996. Además, se plantean los elementos previos al período de inestabilidad que se inauguró en el año de 1996 con la caída del entonces presidente Abdalá Bucaram Ortiz.

La autora señala que el año 1979 se constituye como un parteaguas que inaugura la tercera ola de la democratización en el Ecuador. En ese año se terminó con la última dictadura. El capítulo se enfoca en los cambios en la fuerza pública y la represión. Luego, analiza las características del sistema democrático. También estudia las interacciones de los gobiernos, el poder legislativo y la fuerza pública en los años previos a las rupturas presidenciales. Además, en este punto se exponen las transformaciones dentro de los movimientos sociales con la intención de comprender su organización y desarrollo.

Este capítulo cierra con un análisis de las causas inmediatas a los procesos de ruptura en cuyo centro se encontraron los tres expresidentes entre los años 1997 y 2005. Examina el papel de la corrupción, las formas y maneras y la propuesta de convertibilidad en el caso de Abdalá Bucaram. El efecto del feriado bancario como el principal motivo de la caída de Jamil Mahuad. Y, la crisis política e institucional que terminó con el gobierno de Lucio Gutiérrez. Para la autora estas fueron las principales causas para la salida de los exmandatarios.

En el cuarto capítulo se responde a las tres preguntas de investigación. La autora profundiza en el examen del período que va del año 1996 al año 2005. Investiga los factores que explican la mínima represión de la fuerza pública. Aquí, desarrolla el estudio de tres factores internos: las características de los militares, la relación gobernante y fuerza pública y la relación entre los militares y la sociedad ecuatoriana. El método de teoría fundamentada le permite generar un conjunto de categorías y subcategorías.

La primera pregunta es respondida a partir de dos categorías. La primera categoría expone la estrecha distancia social entre la fuerza pública y los integrantes de los movimientos no violentos. La segunda categoría se concentra en el nivel institucional donde el marco jurídico del Ecuador define el tipo de acción de las Fuerzas Armadas y la Policía. Para la autora estas categorías inciden en el nivel de represión de la fuerza pública.

La segunda pregunta se desglosa en el análisis de los tres casos con sus respectivas categorías. La relación entre Bucaram y la fuerza pública se define a partir de tres categorías. Primero, el involucramiento de las

Fuerzas Armadas en acciones por fuera de sus competencias y los escándalos de corrupción. Segundo, la propuesta de integrar a la policía dentro de las Fuerzas Armadas. Y, tercero, la visita de Bucaram al Perú y las declaraciones del entonces presidente.

En la relación entre Mahuad y la fuerza pública se identifican cinco categorías. Primero, la firma del acuerdo de paz con el Perú y sus consecuencias territoriales. Segundo, la crisis financiera y sus efectos. Tercero, la firma del acuerdo de la Base de Manta. Cuarto, las acciones de represión contra la población. Y, quinto, las consecuencias de la crisis bancaria en la seguridad nacional y la exacerbación del regionalismo.

En la relación entre Gutiérrez y la fuerza pública se identifican tres categorías. Primero, la participación de Gutiérrez en la salida de Mahuad y su impacto en las Fuerzas Armadas. Segundo, las decisiones de Gutiérrez y la imagen de las Fuerzas Armadas. Y, tercero, la percepción del apoyo de Gutiérrez a la fuerza pública.

La tercera pregunta es descifrada a partir de las relaciones entre la fuerza pública y la sociedad. Se examina la relación entre la fuerza pública y algunos grupos económicos. Luego se indaga sobre la interacción entre los militares y policías y los movimientos noviolentos. En los tres distintos movimientos noviolentos se identifican cuatro categorías que permiten interpretar la reducción de la represión: el mantenimiento de la disciplina noviolenta; los acuerdos entre diferentes sectores y organizaciones sociales para la generación de movilizaciones masivas; la generación de imaginarios de protesta nacional; y las tácticas de resistencia civil que reducen la represión de la fuerza pública.

En este capítulo se investiga el rol de las variables externas. Se examina el papel de organismos y tribunales internacionales, la posibilidad de un ataque externo en el caso del gobierno de Bucaram y el rol y las decisiones del Gobierno de los Estados Unidos en las rupturas presidenciales. Al final se emiten conclusiones parciales que complementan el capítulo cuatro.

En el apartado de las conclusiones la autora destaca sus principales hallazgos en cada una de las variables de estudio. Señala que las conclusiones de la investigación no pueden ser replicables a otros países y contextos. También, la autora indica que un motivo para desarrollar la investigación fue la falta de estudios sobre la fuerza pública en contextos de rupturas presidenciales y con movimientos de resistencia civil. Considera además que el libro puede ser útil para activistas de América Latina ya que se configura como una guía sobre como limitar la represión de la fuerza pública en contextos específicos.

En suma, el libro ofrece información clave para entender cómo interactúan diferentes actores con diferentes funciones, identidades e intereses en tres casos de estudio. Luego de su lectura el lector puede identificar la importancia de la fuerza pública y sus relaciones con los gobiernos de turno y la sociedad. El libro puede ser una herramienta útil para académicos, políticos y activistas interesados en los procesos de cambio político y social en contextos de democracias híbridas.

Referencias

Barany, Zoltan. 2016. *How armies respond to revolutions and why*. New Jersey: Princeton University Press.

Christian Danilo Bravo Allaica
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Ecuador

Ríos Vega, Luis Efrén e Irene Spigno, dirs. 2001. *Estudios de casos líderes interamericanos Vol. XXI, A diez años de la sentencia de "Campo Algodonero": reflexiones sobre el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de violencia de género.* Ciudad de México: Tirant lo Blanch. 252 p.

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.3074>

Fecha de publicación en línea: Junio de 2024

Fue en el año 2001 en Ciudad Juárez, Chihuahua, al norte de México, cuando se encontraron en un campo algodonero los cuerpos sin vida, torturados y violados de Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette Gonzáles y Esmeralda Herrera, quienes tenían 17, 20 y 15 años respectivamente al momento de sus desapariciones. Lo anterior trajo como consecuencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunciara sobre las desapariciones y asesinatos de las tres mujeres víctimas en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, titulada *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Tal como lo mencionan Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno en la presentación del libro, dicha sentencia "es un caso líder en el panorama jurisprudencial internacional e interamericano contemporáneo por incorporar una de las ideas más trascendentales del derecho interamericano y que será después paradigmática también en el derecho nacional de los países de la región: la perspectiva de género".

La obra que se reseña tiene sus orígenes en un proyecto de investigación del Observatorio Internacional de Derechos Humanos, realizado por la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Academia IDH), en coordinación con la Comisión Estatal de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila de Zaragoza, México, el cual tuvo como objetivo conmemorar y reflexionar sobre la sentencia "*Campo Algodonero*" a diez años de su emisión, además de analizar la línea jurisprudencial que la Corte IDH ha creado en materia de violencia de género a raíz de la resolución.

El libro es dirigido por Luis Efrén Ríos Vega, Magistrado de la Sala Penal del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza, México, y por Irene Spigno, Directora General de la Academia IDH. Asimismo, la obra es coordinada por José Antonio Estrada, Secretario Académico en la Academia IDH, y cuenta con las participaciones de diez autorías más.

Por otro lado, conviene señalar que el libro forma parte de la colección editorial de Tirant lo Blanch "Estudios de Derecho Comparado", en la cual se encuentran diversas obras editadas por la Academia IDH, siendo la obra reseñada el volumen XXI de dicha colección. El texto resulta pertinente en virtud de que nos permite conocer la situación jurisprudencial en la que se encuentra la Corte IDH luego de haber cumplido diez años desde su primera sentencia sobre perspectiva de género. Al mismo tiempo, nos presenta un estudio comparado sobre distintos casos de violencia de género que han llegado a la Corte IDH, los contextos en los que se han suscitado dichas violaciones a los derechos humanos de las mujeres y las épocas en las que ocurrieron.

En cuanto a la estructura, la obra se encuentra dividida en cuatro grandes apartados, los cuales llevan como título: "Cultura de discriminación, roles y estereotipos de género", "Las obligaciones de los Estados: investigación y sanción de la violencia contra la mujer", "Violencia contra las mujeres por parte de agentes estatales" y "Las reparaciones y perspectiva de género", incluyendo cada uno de ellos dos capítulos, sumando un total de ocho capítulos a lo largo de la obra.

Además, el libro incorpora un estudio introductorio de Irene Spigno, titulado "A diez años de la sentencia González y otras ("Campo Algodonero") vs. México [2009]", en donde se explican las aportaciones que realizó la Corte IDH a la sentencia de "*Campo Algodonero*" y la importancia de aplicar por primera vez la perspectiva de género en una sentencia de dicho tribunal. En este estudio, Spigno nos invita a reflexionar sobre el significado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH) en el continente americano. Este apartado resulta beneficioso, ya que nos permite conocer el punto de partida de la obra.

Por lo que se refiere a la primera parte del libro, en el capítulo I, titulado "El feminicidio en la Corte Interamericana de Derecho Humanos: análisis del caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala [2014]" el autor Fernando Rey, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (España), explica la manera en que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido influencia en los ordenamientos nacionales de ciertos Estados, al provocar cambios estructurales y la adición de tipos penales, siendo uno de ellos la tipificación del feminicidio. Por otro lado, el autor de este capítulo profundiza respecto a la sentencia *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* emitida por la Corte IDH. La mencionada sentencia condenó al Estado guatemalteco por su negligencia al investigar la desaparición y posterior muerte de la adolescente de 15 años llamada María Isabel

Veliz Franco. Asimismo, se realiza una pertinente comparación entre los casos y las sentencias de *Veliz Franco* y de *González y otras ("Campo Algodonero")*.

Es importante señalar que en este capítulo se precisan de manera detallada los argumentos y conclusiones que realizó la Corte IDH en el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, lo que considero acertado ya que permite al lector comprender el contexto de la sentencia y la postura de la Corte IDH. Sin duda, este capítulo nos ofrece una visión general y valiosa sobre el tema del feminicidio en la Corte IDH al plantearnos un panorama general respecto el caso Veliz Franco, su encuadre con el *"Campo Algodonero"* así como la definición de la (*in*) *cultura de la discriminación por género* y la recopilación de los tipos de discriminaciones que sufren las mujeres.

El segundo capítulo fue realizado por María Elisa Franco Martín del Campo, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México), y lleva por título "La aplicación de la Convención de Belém do Pará como garantía del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia: el caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* [2017]". En este apartado encontramos un adecuado estudio sobre la importancia de la Convención de Belém do Pará hacia la protección de los derechos de las mujeres, específicamente en la aplicación de la Convención por parte de la Corte IDH como una forma de garantía para las mujeres víctimas de violencia.

La autora realiza el estudio al profundizar en la forma que la sentencia *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* implicó un parteaguas en la aplicación de la Convención de Belém do Pará por parte de la Corte IDH para garantizar los derechos de las mujeres. Dicha sentencia trata sobre el caso ocurrido en los años 1994 y 1995 en la Favela Nova Brasilia, donde agentes policiales ejecutaron extrajudicialmente a 26 personas y cometieron violencia sexual y tortura hacia dos niñas y una mujer. En este capítulo, Franco Martín del Campo termina por convencer del importante papel que juega la Convención en el ejercicio de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, lo cual resulta beneficioso para el lector.

En la segunda parte de la obra, el tercer capítulo de las autoras Myrna Berenice Hinojosa y Paloma Lugo Saucedo de la Academia IDH, llamado "Investigación y sanción en los casos de violencia contra las mujeres. Sentencia *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* [2015]", analiza la sentencia emitida a raíz del caso de Claudina Velásquez, una mujer de 19 años quien fue víctima de feminicidio en el año 2005. Las autoras señalan que "para construir la paz es necesario entender la violencia, sus causas, factores y elementos", por lo que realizan un

estudio de los tipos de violencia que sufren las mujeres y los contextos en los que se manifiestan. Asimismo, las autoras efectúan un adecuado y acentuado análisis de los conceptos de debida diligencia en los casos de violencia hacia las mujeres y debida diligencia en la investigación de asesinatos a mujeres por razones de género, explicando el papel que juegan los Estados y los estándares que deben de cumplir los mismos en dichos casos.

El siguiente capítulo, titulado “Caso I.V. vs. Bolivia [2016], o de las consecuencias de la discriminación y opresión estructurales”, nos presenta la primera sentencia de la Corte IDH respecto a la esterilización no consentida de una mujer. En el año 2000, I.V., cuyo nombre está bajo reserva, fue sometida a una intervención quirúrgica (salpingoclasia bilateral) sin su consentimiento, tal como nos describe la autora en el capítulo, lo que ocasionó una serie de violaciones a sus derechos humanos. En este apartado la autora Pamela Rodríguez Padilla, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, explica lo emblemático del caso y realiza a la vez un profundo análisis respecto a los derechos humanos violentados en el caso y las conclusiones de la Corte IDH al respecto en su sentencia.

La autora finaliza su escrito describiendo las medidas de reparación que emitió la Corte IDH al Estado de Bolivia, señalando si, a consideración de Rodríguez Padilla, son integrales y suficientes. Este capítulo resulta acertado y oportuno ya que nos plantea los estereotipos de género que se asignan a las mujeres, específicamente en procesos sexuales y reproductivos, los cuales perpetúan violaciones a los derechos humanos por parte de médicos, autoridades administrativas y autoridades judiciales.

La tercera parte de la obra incluye el quinto capítulo, el cual lleva por nombre “Perspectiva de género interseccional en el caso de las mujeres indígenas. Sentencias Fernández Ortega y otros vs. México [2010] y Rosendo Cantú y otra vs. México [2010]” escrito por Mariana Díaz Figueroa, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN México). En este apartado del libro se presenta el análisis de dos sentencias emitidas por la Corte IDH, las cuales tratan sobre los casos de Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega, ambas mujeres indígenas de la comunidad Me’phaa al sur de México, quienes fueron violadas sexualmente por miembros del ejército mexicano. La autora, explica la perspectiva interseccional con la que la Corte IDH efectuó ambas sentencias, los derechos que concluyó fueron vulnerados por el Estado mexicano, los efectos de las sentencias, así como los interesantes argumentos que sostuvo el mismo tribunal al afirmar que la violencia sexual era un acto de tortura.

Resulta provechosa la lectura de este capítulo debido a que nos permite reflexionar sobre la situación que vivieron Valentina e Inés al ser ambas mujeres indígenas, jóvenes, mexicanas, pertenecientes a la misma comunidad, ambas violentadas por miembros del ejército y por el Estado mexicano en el mismo año.

En el capítulo sexto, llamado “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México [2018]: la tortura sexual cometida por agentes estatales en el marco de la protesta social” y que tiene por autora a Renata Demichelis Ávila, de Elementa DD.HH, podemos encontrar un estudio de la primera sentencia de la Corte IDH donde se utiliza el término “tortura sexual”. En este apartado, la autora nos presenta un estudio sobre la evolución de la línea jurisprudencial de la Corte IDH en materia de violencia y tortura sexual sufrida por las mujeres y cometida por agentes estatales. Lo anterior, al describir la manera en la que la Corte IDH se ha pronunciado en distintas sentencias desde el año 1995 respecto a la violencia sexual y como fue poco a poco creando su propio criterio.

Este capítulo me parece acertado ya que nos presenta un panorama general sobre el caso de las mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco, precisamente sobre el contexto de represión social en el que se dieron los hechos y los alcances e importancia de la sentencia de la Corte IDH.

En la cuarta y última parte de la obra, el capítulo séptimo denominado “Las reparaciones y la perspectiva de género” de Myrna Elia García Barrera, de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México), aborda la sentencia emitida por la Corte IDH *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Dicha resolución trata el caso de una niña víctima quien, en el año 2000 cuando tenía tan solo ocho años, fue violada por su padre. Este capítulo nos muestra de manera ordenada una cronología de los hechos ocurridos desde el año 2000 hasta el 2018, así como una descripción de todos los derechos vulnerados por el Estado de Nicaragua al no actuar con la debida diligencia, provocando violaciones a los derechos humanos en el proceso, falta de protección a las víctimas y reiterados actos de revictimización. De acuerdo con García Barrera “del análisis de la sentencia se destaca el papel de las autoridades de procuración e impartición de justicia en la eficacia de la protección de los derechos humanos y en hacer realidad su respeto y garantía”, lo que me resulta notable. Para finalizar, este capítulo nos muestra la trascendencia de la sentencia y las recomendaciones que la Corte IDH realizó a Nicaragua.

Por su parte Luna Mancini, consultora independiente, presenta en el último capítulo de la obra “Tortura y esclavitud sexual cometida por

particulares: la responsabilidad del Estado. Sentencia López Soto y otros vs. Venezuela [2018]” un estudio detallado sobre una sentencia precedente, debido a que, por primera vez, el Estado de Venezuela fue sancionado en un caso de violencia de género ante la Corte IDH, además de ser la primera vez que se sanciona a un Estado por el delito de tortura y esclavitud sexual cometido por un particular. El caso trata sobre Linda Loaiza López Soto, quien en el año 2001 cuando tenía 18 años, fue víctima de tortura y otros tipos de violencia.

En este apartado de la obra, la autora plantea las carencias normativas en materia de género y la relación de Venezuela con el derecho internacional y el sistema IDH. Además, se explican los hechos que derivaron la sentencia, lo cual realiza Mancini de una manera muy interesante al incluir un cronograma temporal del caso. A su vez, se describen todos los derechos humanos que fueron violentados en el caso, lo que nos deja de manifiesto el nivel de impunidad e indignación que provocó en la víctima y en la sociedad. Estimo que este capítulo nos comparte una vista muy completa y detallada a la sentencia de “López Soto y otros vs. Venezuela” lo que nos permite conocer y entender sus alcances e importancia dentro de la línea jurisprudencial de la Corte IDH.

Como resultado, esta obra nos presenta una perspectiva general sobre la situación de violencia de género que han vivido, y siguen viviendo las mujeres en el continente americano. Lo anterior, al exponer algunas de las sentencias más relevantes de la Corte IDH en materia de violencia de género, nos permite conocer de manera detallada la evolución y contenido de la línea jurisprudencial del tribunal de San José en la materia. Los distinguidos autores, a través de sus valiosas aportaciones, nos comparten de una manera interesante y adecuada, la situación jurisprudencial de la Corte IDH y el contexto de violencia hacia las mujeres que se presenta a diez años de la sentencia de “*Campo Algodonero*”. La obra, puede convertirse en un apreciado objeto de estudio para todas y todos aquellos juristas, académicos, activistas, investigadores sobre derechos humanos y público en general que tenga interés en conocer a fondo algunas de las sentencias emitidas por la Corte IDH en casos de violencia cometida contra las mujeres.

Larissa Lizbeth Niño Soto
Academia Interamericana de Derechos Humanos

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos