

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO



TESIS DOCTORAL

**LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN ATENTADO CONTRA
LA DIGNIDAD DE LA MUJER.**

MAXIMILIANA GIL MILLAN
LICENCIADA EN DERECHO

Director: José María Cayetano Núñez Rivero

MADRID 2015

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO

TESIS DOCTORAL

**LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN ATENTADO CONTRA
LA DIGNIDAD DE LA MUJER.**

MAXIMILIANA GIL MILLAN
ABOGADA

Director.

Dr. D. José María Cayetano Núñez Rivero

ÍNDICE

	pp
ÍNDICE DE TABLAS.....	x
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xi
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	xii
INTRODUCCIÓN.....	xvi

CAPITULO I

DIGNIDAD HUMANA

I	Concepción	1
	1 La dignidad humana desde el enfoque humanista.....	8
	2 El significado de ser persona.....	10
	3 El camino filosófico de la dignidad.....	22
	3.1 La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho.....	31
	4 El desarrollo histórico de la dignidad humana.....	31
	5 El primado de la persona: dignidad como fundamento de la moral, la política y el derecho.....	41
	6 La dignidad humana como un valor filosófico ético jurídico...	59
	6.1 Dignidad del Homo Santo Tomas de Aquino.....	61
	6.2 La dignidad como fin en sí mismo Emmanuel Kant.....	62
	6.3 Concepto de dignidad de Roberto Andorno.....	64
	7 Los cuatro sentidos de la dignidad.....	66
	7.1 Dignidad desde el punto de vista etimológico.....	66
	7.2 Dignidad ontológica.....	67

	7.3	Dignidad ética.....	69
	7.4	Dignidad teológica.....	71
		Dignidad Humana y Derechos Humanos.....	
II			74
	1	Evolución historia.....	82
	2	Declaraciones de derecho y sus antecedentes.....	83
	2.1	La Institucionalización.....	85
	2.2	La internacionalización.....	87
	2.3	Hacia un orden plural y complementario en la protección de los derechos humanos.....	89
	3	Las llamadas generaciones de derechos humanos.....	90
	3.1	Los derechos humanos en la Carta Democrática Interamericana.....	91
	4	La dignidad del ser humano, esencia de la democracia...	92
III		Derechos Humanos de las Mujeres.....	96
	1	Responsabilidades del Estado frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres.....	102

CAPITULO II

VIOLENCIA SEXUAL

I	Diferencias entre los sexos y la desigualdad.....	107
1	Perspectivas Androcéntrica.	112
2	Perspectiva de género.	112
3	Determinación del significado del concepto género.....	116
3.1	Distinción entre sexo y género.....	116
3.2	Distinción entre mujer y género.....	117
3.3	Distinción entre grupo vulnerable y género.....	118
4	El patriarcado.....	119
4.1	El lenguaje Ginope.....	123
4.2	La familia patriarcal.....	128
4.3	La erotización de la dominación.....	131
5	La educación androcéntrica.....	133
6	El derecho masculinista.....	135
7	Los derechos de las mujeres y las fronteras entre público y privado.....	137
8	Ideologías e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal.	141
8.1	El derecho como expresión de un diseño de sociedad patriarcal.	143
9	Hitos relevantes en el desarrollo del derecho y el reforzamiento del sistema de géneros.....	149
9.1	El principio de igualdad y el sujeto único.....	154

Violencia Sexual	157
II	157
1 Formas de la violencia sexual.....	159
1.1 La violación.....	159
1.2 Las insinuaciones.....	160
2 La violencia de género como violación de los derechos humanos.....	160
3 Consecuencias de la violencia sexual.....	164
4 Síndrome de la mujer agredida (SMA).....	170
4.1 Críticas al Síndrome de la Mujer Agredida o Maltratada SMA y otras teorías	175

CAPITULO III

FUNDAMENTO LEGAL

I	Consideraciones generales.....	170
1	Los Derechos de las Mujeres en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.....	182
2	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	183
3	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.....	185
4	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	186
5	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	186
6	Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW.....	187

7	Convención sobre los Derechos del Niño.....	188
8	Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.....	191
9	Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo	191
10	IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.....	191
11	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.....	192
12	La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (<i>Belém Do Pará</i>)..	192

II	Regulación de los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico venezolano.	194
	1 Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.....	200
	2 Código Penal venezolano.....	210
	3 La mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano.....	213

CAPITULO IV

METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

I	Planteamiento del problema.....	219
	1 Justificación de la investigación.....	231

2	Objetivo General.....	234
2.1	Objetivos Específicos	234
II	Metodología de la Investigación.....	234
1	Tipo de Investigación.....	234
1.2	Diseño.....	236
1.3	Técnicas	236
III	Resultados.....	242
1	Opiniones y argumentaciones especializadas.....	243
1.1	Perspectiva Jurídica.....	244
1.2	Perspectiva Psicológica.	247
1.3	Perspectiva Teológica.....	253
2	Fundamentación.....	257
2.1	Medidas de afirmación positiva.....	258
2.2	La aplicación de los criterios de igualdad a las mujeres. El caso de las acciones positivas.....	264
2.3	Criterios de legitimidad de las acciones positivas.....	275
2.4	Modalidades de las acciones positivas en el Derecho comparado.	277
2.5	El tratamiento de las Acciones Positivas en la Organización de Naciones Unidas.....	280
3	Presupuestos jurídicos.....	282
4	El Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y su Protocolo Opcional.....	288
5	Los criterios propuestos por los órganos previstos en los Tratados.....	298

6	Consideraciones acerca de la igualdad y las acciones positivas.....	303
7	Justificación de las acciones positivas.....	313
7.1	Justicia compensatoria.....	3
7.2	Justicia distributiva.....	319
7.3	Utilidad social.....	323
8	Argumentos a favor y en contra para la implementación de acciones positivas.	332
9	Principales tipos de violencia como delitos prescriptibles...	343
10	Propuesta para una reforma de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, perspectiva: la violencia sexual como un delito imprescriptible.	349
10.1	Reforma.....	352
10.2	Procedimientos.....	354
11	Plan Atención integral a las mujeres víctimas de delito sexual.....	356
	CONCLUSIONES.....	367
	BIBLIOGRAFÍA.....	369
	ANEXOS.....	398

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla		p
a		
1	Derechos de las mujeres en sus distintas formulaciones: autonomía física, económica y política.....	10
		0
2	Los principales tipos de violencia como delitos prescriptibles.	34
		3
3	Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual. Intervención.....	36
	...	2
4	Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual. fortalecimiento y capacitación.....	36
		3
5	Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual. recursos sociales.....	36
		4
6	Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual. sensibilización y prevención.....	36
		5

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA		pp
1	Antropología del ser humano desde el pensamiento filosófico.....	3
2	Estructura utilizada en el estudio del tema.....	241

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
BELÉM DO PARÁ	Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDI	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIM	Comisión Interamericana de Mujeres
CPI	Corte Penal Internacional
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CP	Código Penal Venezolano
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
ESTATUTO DE ROMA	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
LOPNA	ley orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
LOSDMVLV	Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

- OACDH** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- OC** Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- OEA** Organización de Estados Americanos
- OMS** Organización Mundial de la Salud
- OPS** Organización Panamericana de la Salud
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PIDESC** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- SPRV** Sección para la Participación y la Reparación de las Víctimas
- TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TPIR** Tribunal Penal Internacional para Ruanda
- UNICEF** Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
- UNIFEM** Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer

INTRODUCCIÓN

La violencia sexual es una problemática mundial que en las últimas décadas ha sido reconocida como una violación de los derechos humanos, sexuales y reproductivos que vulnera la dignidad humana, la integridad, la libertad, la igualdad y autonomía, entre otros¹. Se constituye en un flagelo a la salud pública por su magnitud y las afectaciones que produce en la salud física, mental y social².

Esta investigación plantea que para comprender la magnitud del daño que causa la violencia sexual debe ser vista como un atentado de y para la dignidad humana de la mujer.

Por esta razón, el propósito de este trabajo es estudiar la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer. A través de este estudio se realizó una revisión detallada de la magnitud de daño causado por la violencia sexual en la valoración de la mujer como ser humano: desde el enfoque jurídico, psicológico y teológico, se analizó a la luz de la legislación internacional y nacional la violencia sexual como un delito imprescriptible y por último se elaboró una propuesta para la reforma de la ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, perspectiva: la violencia sexual como un delito imprescriptible

¹Las Naciones Unidas en su 85ª sesión plenaria, el 20 de diciembre de 1993, ratificó la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, donde se afirma que esta violencia es un grave atentado a los derechos humanos de la mujer y de la niña.

² Exposición de motivos de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007): “...*La violencia en contra de la mujer constituye un grave problema de salud pública y de violación sistemática de sus derechos humanos, que muestra en forma dramática, los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer por razones de género en la sociedad...*”

El abordaje que se propone se complementa de criterios internacionales que determinan que la violencia sexual es una forma de expresar poderío y a través de la cual se esclaviza y jerarquiza un grupo humano determinado, tal como ocurre en los casos de conflictos armados, contexto en el cual las mujeres en particular pueden enfrentar formas devastadoras de violencia sexual, que se aplican a veces sistemáticamente para lograr objetivos militares o políticos³.

Aunado a ello, las violaciones cometidas durante la guerra suele tener la intención de aterrorizar a la población, causar rupturas en las familias, destruir a las comunidades y, en algunos casos, cambiar la composición étnica de la siguiente generación. A veces se utiliza también para infectar deliberadamente a las mujeres por VIH o causar la infecundidad entre las mujeres de la comunidad que se pretende destruir, constituyendo crimen de exterminio o genocidio⁴.

Esta realidad deja en evidencia la urgente necesidad de atender universalmente a la mujer para la protección de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad.

Es así como en Venezuela, se han producido avances relevantes frente a la violencia sexual en materia legislativa, el Estado reconoció que *“todas las mujeres son víctimas potenciales del maltrato y la violencia basada en género*

³ El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, 1993) se incluyó la violación como crimen de lesa humanidad, junto con otros delitos como la tortura y el exterminio, cuando se cometen en conflictos armados y van dirigidos contra una población civil. En 2001, el ICTY se convirtió en el primer tribunal internacional que halló culpable a un acusado de violación como crimen de lesa humanidad.

⁴ El exterminio está penado en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, organismo que es competente para enjuiciarlo. En sentido estricto, se trata de un crimen contra la humanidad. Si estos actos se realizan para destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal se convierten en constitutivos del crimen de genocidio.

pues, en todas las sociedades, ha pervivido la desigualdad entre los sexos. Además, las distintas formas de violencia contra las mujeres son tácticas de control con el objetivo de mantener y reproducir el poder patriarcal sobre las mujeres, para subyugarlas y descalificarlas, y ante ese poder que les niega el goce, disfrute y ejercicio de sus derechos, debe erigirse el Estado como garante de los derechos humanos, en particular aprobando leyes que desarrollen las previsiones constitucionales”⁵.

El trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos referido a la Dignidad Humana por ser la piedra angular sobre la cual descansa todo su edificio teórico, y que representa un valor singular que la ubica como el principal “referente del pensamiento moral, político y jurídico”, como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”.

El segundo capítulo comprende la Violencia Sexual: delito contra la libertad, integridad, la autonomía y la vulneración de la mujer a decidir voluntariamente sobre su vida sexual.

En el tercer capítulo se describe la fundamentación legal donde se reflexiona sobre trabajos vinculados al tema de estudio, al destacar experiencias internacionales y nacionales, las cuales constituyen los basamentos jurídicos que sustentan el tema de investigación, establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ artículo 1, Pacto

⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Pública en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.668 en fecha 23 /4/2007

⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La (DUDH) es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo a lo largo de las últimas seis

Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 2, 3 y 10.17, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁸, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer⁹, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰, Ley Orgánica Sobre el Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹¹.

El cuarto capítulo comprende la metodología utilizada donde se desarrolló la situación problema; en el cual se explica el contenido de la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, fundamentado en la Declaración de los Derechos Humanos, y en la interpretación del artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; asimismo contempla la justificación, el objetivo general, los objetivos específico, el tipo de investigación, que está basada en un análisis crítico de interpretación; El diseño es crítico- analítico, por sus características documentales y la técnica utilizada fue la interpretación jurídica que conduce

décadas. Además, sigue siendo una fuente de inspiración para cada uno de nosotros, ya sea en momentos de conflicto, en sociedades que sufren represión, en la lucha contra las injusticias, y en nuestros esfuerzos por lograr el disfrute universal de los derechos humanos.

⁷Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 25 de marzo de 1976. Al Preámbulo se indica: *“Los Estados Partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”*

⁸Adoptado por la Asamblea General el 7 de noviembre de 1967. Al Preámbulo del decreto la Asamblea General indica: *“...Reconociendo la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos...”*

⁹Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil. Entrada en vigor: el 5 de marzo de 1995 de conformidad con el Artículo 21.

¹⁰Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

¹¹ Promulgada en por la República Bolivariana de Venezuela según Gaceta Oficial N° 38770, de fecha 17 de septiembre de 2007. Reformada en fecha 25 de noviembre de 2014, publica en Gaceta Oficial de la República Bolívariana de Venezuela N° 40.548.

a la comprensión de la norma; es decir, encontrar, a través de ella el sentido propio de la proposición jurídica y establecer el alcance, cabal de la norma.

Dentro de este marco, también se plantean los resultados del estudio que contiene:

1. Las opiniones y argumentaciones especializadas en el tema de la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, desde el enfoque Jurídico, Psicológico, Teológico y Filosófico. Con el propósito de promover la declaración de la violencia sexual como un delito imprescriptible y ayudar así a las partes intervinientes a actuar con mayor certeza jurídica.
2. Revisión de la prescripción de los delitos en Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
3. Propuesta: Reforma de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. **Capítulo VI de los delitos.**
4. Plan de atención integral a las mujeres víctimas de violencia sexual.

En referencia al estudio realizado y sobre la base del análisis de los resultados se presentan las conclusiones; donde se muestra un enfoque que permite abordar una especial concepción de la Dimensión Sublime de la Dignidad Humana *“la persona es ubicada racionalmente como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho; y el Estado de Derecho es considerado como la síntesis integradora de la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, al incorporar una moralidad pública expresada en valores, derechos fundamentales.*, a fin de contribuir a la construcción de una sociedad libre y bien cohesionada.

La bibliografía utilizada reúne obras de PECES-BARBA¹² desde 1963 a la actualidad. Por la extensión de su producción bibliográfica, sólo se han hecho uso de sus libros y artículos científicos que han resultado relevantes y pertinentes para el objeto de este trabajo, también se utilizaron artículos y libros de otros autores, principalmente especialistas en Filosofía Moral, Política y las leyes, convenciones, tratados nacionales e internacionales y por último los anexos como complemento e ilustración.

Para finalizar, permítaseme agradecer al **Circuito Judicial de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer. Puerto Ordaz Estado Bolívar. Venezuela**, por colaborar y facilitar información, para la ejecución del plan de atención integral a las víctimas de violencia como caso piloto en la 1era fase a los doscientos cincuenta y tres (253) casos atendidos en el último trimestre del año 2014. En aras de difundir los derechos de las mujeres y construir herramientas para su defensa y promoción que pueda ser utilizada en nuestra tarea de capacitación en todo el país.

¹² Para tal efecto debe tenerse presente que, en algunos de sus artículos periodísticos, PECES-BARBA utiliza el seudónimo de: “Matías Alarcón”, como ocurre en su artículo de prensa: “Verdad y sociedad política”, publicado en el Diario Madrid el 18 de abril de 1969, p. 3.

CAPITULO I

DIGNIDAD HUMANA

*“Obra de tal modo que uses a la humanidad,
tanto en tu persona como en la persona de
cualquier otro, siempre al mismo tiempo como
fin y nunca simplemente como medio”
(Immanuel KANT)¹³*

I. CONCEPCIÓN

A continuación se muestra una revisión de la Concepción sobre la persona y la Dignidad Humana, por ser la piedra angular sobre la cual descansa todo edificio teórico. Esta revisión se basa en el desarrollo del pensamiento de PECES-BARBA, que reúnen sus obras desde 1963 a la actualidad y las relaciona con las ideas y los autores que le sirvieron de referente; estas fuentes indirectas utilizadas están formadas por artículos y libros de otros autores, principalmente especialistas en Filosofía Moral, Teología, Política, y Jurídica.

¹³ Fundamentación para una metafísica de las costumbres, (1785), (Humanidades), traducción y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 116. La cursiva no es mía.

Desde PLATÓN a LOCKE, pasando por ARISTÓTELES, Santo Tomás De AQUINO y HOBBS, continuando con HUME, KANT y otros pensadores desde la Antigüedad hasta nuestros días, se ha abordado directa o indirectamente la pregunta: ¿qué es el ser humano?, ¿en qué consiste su naturaleza? Posiblemente no haya asunto filosófico que se preste a más consideración que el de la condición humana. Cada época de la historia y cada cultura presentan distintas ideas, aunque suelen estar dominadas por alguna de ellas. No fue la misma la que se tuvo en el mundo antiguo o medieval que en la época moderna, como tampoco es igual la que se tiene en la cultura occidental respecto de otras civilizaciones de la actualidad¹⁴. No existe una definición única y simple. Hay muchas concepciones y variables a su alrededor que la hacen un concepto controvertido y difícil de abarcar. La concepción que se siga influirá en su concepto. Por ejemplo, si creemos que el ser humano tiene vinculación con Dios o que existe vida después de la muerte, seguramente llegaremos a una definición distinta en comparación de quienes lo reducen a dimensiones materiales o consideran que no es más que otra especie animal producto de la evolución. El conflicto entre verlo como poseedor de ciertos rasgos terrenales que lo diferencian del resto de la naturaleza y verlo como un ser que además posee dimensiones trascendentes, es la versión moderna de un eterno debate entre filósofos¹⁵.

¹⁴ José LLOMPART señala, por ejemplo, que, a diferencia de lo que ocurre en occidente, en la cultura oriental, específicamente en la japonesa: “[e]l hombre no se distingue claramente de la naturaleza que le rodea; está en ella. La enorme y ‘esencial’ diferencia entre un Creador y las criaturas no existe. Con eso, la diferencia entre lo sagrado y lo profano queda difuminada por completo. No se dice ‘castigo de Dios’, sino castigo del cielo’ (tenbatsu). Pero el ‘cielo’ o sea el ‘tao’ (en japonés: ten) no es un dios personal, ni tampoco un dios cristiano al que se le ha quitado la personalidad. Es una cosa muy distinta.” (“El concepto de persona en el Derecho japonés”, en: Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, N° 40, 1999, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 422).

¹⁵ Para efectos de este trabajo dejaremos de lado la posibilidad, no verificada, de que existan otros seres no humanos con capacidades similares a la humana: para razonar, autonormarse, crear cultura, etc. De verificarse esa posibilidad, el problema

Esta pluralidad explica la existencia de distintas antropologías. Cada una brinda su respuesta desde el pensamiento filosófico que la subyace. La racionalista considera que el ser humano es principalmente razón; la materialista niega el espíritu y afirma que es sólo una realidad física; la conductista lo reduce a un animal superior, sin alma espiritual; la biológico evolucionista estima que su naturaleza es cambiante, producto de la evolución; la idealista afirma que, en esencia, es idea, espíritu, confinando a un segundo plano su dimensión material; la religioso-cristiana que además de poseer cuerpo, alma o espíritu, es un ser creado y redimido por Dios.

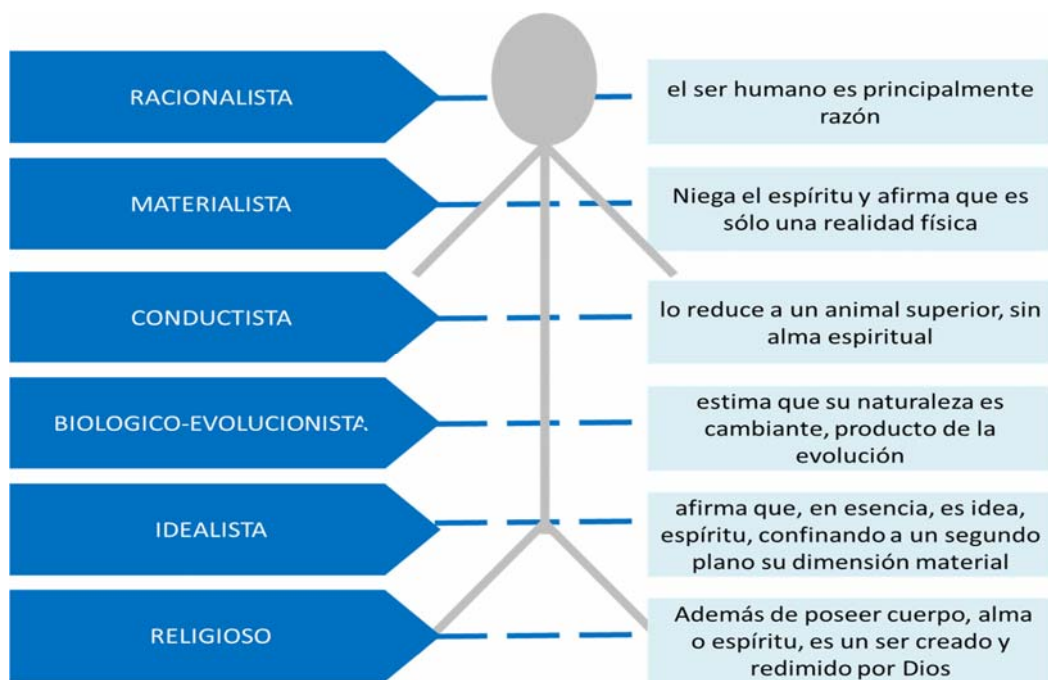


Figura 1. Infografía. Antropología del ser humano desde el pensamiento filosófico

de la dignidad y su discurso tendrían que extenderse también a esas otras formas de vida.

El ser humano posee una pluralidad de dimensiones que lo hacen un ser complejo. Si bien se le ha prestado atención desde todos los ángulos en que puede contemplársele, su complejidad ha hecho que sea analizado de manera segmentada. La biología y la medicina observan su salud y desarrollo corporal; la política su calidad de integrante de la sociedad; la psicología su subjetividad, potencialidades y procesos intelectuales; la ética, la sociología y demás disciplinas: las normas que rigen su comportamiento, sus relaciones, tendencias y necesidades, sus actos y estados en constante variación. Todas ellas arrojan datos y conclusiones que lo explican; sin embargo, ninguna logra agotar todo lo que es o lo que puede llegar a ser.

Incluso si se incluye una pluralidad de variables, la singularidad y complejidad de los individuos concretos, las diferencias que existen entre sí (no en su condición humana, que es igual, sino en sus modos de actuar, de sentir, de pensar, entre otros.) hace que sea imposible abarcar todas sus particularidades. Las reflexiones y conclusiones sólo pueden ser abiertas y perfectibles, susceptibles de desarrollos mayores

Además, las ideas acerca de él son, en esencia, filosóficas. No necesariamente el resultado de hechos verificables o científicamente comprobados, sino concepciones generales a las que se llega mediante la reflexión y la argumentación racional. Pueden ser incluso discutibles, o estar circunscritas a una tradición cultural fuera de la cual podrían carecer de sentido. A pesar de eso, las teorías a las que dan lugar determinan la imagen que se tiene sobre el ser humano, y el sólo hecho de que la razón humana sea capaz de hacer reflexiones de ese tipo ya nos dice algo sobre su naturaleza.

Todas estas dificultades tienen que ser consideradas a la hora de reflexionar sobre su condición. También al momento de estudiar las teorías que se formulen acerca de él. Ellas influyen en el contenido de éstas y

delimitan la validez de los análisis, propuestas y conclusiones. Teniéndolas como presupuesto, la reflexión sobre el ser humano se aborda aquí desde una perspectiva filosófica; más precisamente, vinculada a la moral, la política y el Derecho.

PECES-BARBA no es ajeno a esta reflexión. Considera que la antropología es clave y su relación con la filosofía jurídica es importante”, en su pensamiento hay también una idea sobre el ser humano, una manera de entender su relación con los demás y un camino para su realización integral¹⁶. *Una antropología humanista de “respeto y confianza moderada en el hombre desde un optimismo realista”*¹⁷; es decir, que expresa confianza en las virtudes y capacidades del ser humano, pero no pierde de vista sus vicios y defectos, tanto individuales como sociales; que defiende la importancia de la razón para orientar su emancipación integral y la ordenación justa de las sociedades, sin desconocer que es una tarea que día a día debe lograrse, que requiere de lucha y esfuerzos constantes.

Los orígenes del concepto de dignidad humana son, desde luego, filosóficos, antes que jurídicos, como bien ha resaltado Peces-Barba¹⁸, y tan antiguos que se confunden con los inicios de nuestra civilización. Así, ya en el Génesis se encuentran los rasgos propios de la idea de dignidad, si bien una

¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., p. 225, nota a pie de página N° 9.

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., pp. 91-92.

¹⁸ Citamos textualmente: «en su origen dignidad humana no es un concepto jurídico como pueda serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen irreplicable, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo» (PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pág 65).

dignidad de raíz heterónoma, en cuanto que el hombre la recibe de Dios, quien lo hace a su imagen y semejanza¹⁹.

Esta concepción religiosa se mantendrá más tarde en toda la teología cristiana de la época medieval, en la que se concederá al hombre una singularidad primordial, si bien derivada de su condición infinita e inabarcable por su origen divino, llegando, incluso, a prolongarse en algunos aspectos hasta nuestros días, como atestiguan documentos recientes de la Iglesia.

El mundo griego, por su parte, elaborará su propio concepto de dignidad, mezclando en ella elementos autónomos y heterónomos, como se aprecia en los textos de Sófocles o en los de Platón²⁰. La civilización romana, por el contrario, alentará una visión del término fundamentalmente social y política, íntimamente ligada con la (*Majestad*).

De este modo, en el marco de Roma la noción de dignidad venía a referirse a la nobleza, a la función que se desempeñaba o a los méritos realizados a favor de los asuntos públicos²¹. Se trataba, por tanto, de un reconocimiento que otorgaba la comunidad en atención a los méritos de los individuos y que permitía, en consecuencia, establecer diferencias entre unas personas y otras por sus comportamientos²².

¹⁹ "Como dice enfáticamente ALEGRE MARTÍNEZ, «La Biblia enseña que el hombre—y sólo el hombre— ha sido hecho a imagen y semejanza de Dios. El origen de la dignidad humana es, por tanto, divino. Su fundamento no puede ser el propio hombre porque ha sido un Ser superior el que ha infundido razón y libertad en la materia de que estamos hechos» (Cfr: ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996, pág. 22). Véase también, en lo que a este punto atañe: COTTA, S., «Né Giudeo né Grecco, overo della posibilita dell'ugliaglianza», *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, pág. 331 y ss

²⁰ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., págs 24 y 25.

²¹ Véase: BULLÓN HERNÁNDEZ, J., «Liberación cristiana y dignidad humana», *Moralía*, volumen XXVI, 2003/2-3, pág. 477.

²² " Así, por ejemplo, la dignidad más elevada corresponderá al emperador. Después vendrán los nobles y las clases altas.

Se debe reseñar, no obstante, que la vertiente del pensamiento más asociado al estoicismo²³ enunciará, por boca de Cicerón y Séneca, algunas de las nociones que ahora mismo sirven como fundamento a la idea contemporánea de dignidad²⁴.

La concepción de la dignidad como algo autónomo, propio del hombre en sí mismo, como cualidad fundamentada exclusivamente en lo humano, se desarrollará, finalmente, en el Renacimiento, gracias a la obra de autores tan dispares como Buonaccorso de Montemagno, Gianozzo Mannetti, Pico della Mirándola, Angelo Poliziano, Giordano Bruno, Francisco Recio, Juan Luis Vives o Fernán Pérez de la Oliva²⁵. No será, no obstante, sino el siglo XVIII el que vislumbrará la definitiva ascensión de la dignidad humana al olimpo de los términos filosóficos, merced a los escritos de Thomasius o Wolff y, sobre todo, de Kant. El genio alemán introducirá tantos elementos nuevos en el concepto que se le puede considerar, sin lugar a dudas, uno de sus máximos moldeadores. A él se deberán, entre otras, la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, que nadie puede ser tratado meramente como un medio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad²⁶.

²³ " El estoicismo es, de hecho, frecuentemente citado como el movimiento filosófico más estrechamente ligado al nacimiento del concepto de la igual dignidad de todos los hombres. Así, por ejemplo, Encarnación FERNÁNDEZ ha escrito que «El estoicismo afirma la unidad universal de los hombres». El origen de este universalismo cosmopolitismo se encuentra en el estoicismo medio, concretamente en la obra de Panecio de Rodas, en la que aparece por primera vez la conciencia de igual dignidad de todos los hombres como algo previo a su pertenencia a cualesquiera grupos y la necesidad de un idéntico respeto a todos ellos. Esta idea será recogida por Cicerón y Séneca» (Cfr: FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid. Tecnos, 2003, pág. 26).

²⁴ Cfr: PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., págs 25 y 26.

²⁵ Véase; PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos, 1997, pág. 223 y ss; JÜRGEN, S., «La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética», cit., pág. 27.

²⁶ Cfr: KANT, L, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid: Alianza Editorial, 2002, págs. 115, 116, 123 y 124.

1. La dignidad humana desde el enfoque humanista

El humanismo encierra el interés por el ser humano y su desarrollo en todos los aspectos de la vida. Sin embargo, el vocablo “humanismo” puede dar lugar a significados distintos. Algunos consideran que debe excluir toda referencia a lo sobrehumano, a lo trascendente, incluso que debe ser antirreligioso; otros piensan que un humanismo centrado exclusivamente en lo terrenal es falso, incompleto, por no considerar todas las dimensiones de la humanidad²⁷. Hay además un humanismo clásico, otro cristiano, un humanismo liberal, otro socialista, etc.; sin que se agoten allí todas sus posibilidades, o carezcan de conexiones entre sí. Para dejar abierta la discusión sobre cuál sea su correcto sentido (pues pueden desarrollarse diversas definiciones dependiendo de los presupuestos de los que se partan), asumamos aquí que el humanismo tiende esencialmente a hacer al ser humano: “más verdaderamente humano y a manifestar su grandeza original haciéndolo participar en todo cuanto puede enriquecerle en la naturaleza y en la historia”; busca que el ser humano “desarrolle las virtualidades en él contenidas, sus fuerzas creadoras y la vida de la razón, y trabaje para convertir las fuerzas del mundo físico en instrumentos de su libertad.”²⁸

De esa manera, el humanismo es inseparable de la civilización o de la cultura y puede comprender diversas posturas, desde las que dan lugar a una antropología antropocéntrica hasta las que desarrollan una antropología teocéntrica inclusive. El pensamiento filosófico y jurídico de nuestro autor, al igual que su acción social y política, responden en ese sentido a una

²⁷ Vid: MARITAIN, Jacques. Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad, traducción de Alfredo Mendizábal, Ediciones Palabra, Madrid, 1999, pp. 29 y 55.

²⁸ MARITAIN, Jacques. Ibid., p. 27, ambas citas.

aproximación humanista²⁹. Su antropología no es la excepción. Ella se erige en torno a tres elementos que se van consolidando y perfeccionando a lo largo del tiempo:

1. La interrelación entre la idea de persona y la eminente dignidad que le corresponde.
2. Una concepción personalista, comunitaria y abierta a la trascendencia.
3. Concepción antropocéntrica secularizada que resulta compatible con una perspectiva laica, pero también con la aproximación religiosa de cada persona.

El ser humano concebido como persona y la eminente dignidad que le corresponde PECES-BARBA no realiza una reflexión abstracta y general sobre el ser humano, sino un análisis aplicado a la vinculación que presenta con la moral, la política y el Derecho, al puesto que le corresponde en una sociedad libre y bien cohesionada. Una delimitación metodológica que, además de reflejar un propósito mayúsculo, es pertinente con las principales interrogantes antropológicas propias de su disciplina: la Filosofía Moral y Política aplicadas al Derecho. El primer elemento con el que erige su antropología humanista está integrado por dos ideas que se encuentran íntimamente relacionadas: Concibe al ser humano como persona a lo largo del conjunto de su obra relacionándolo con la idea de dignidad³⁰. Una vinculación

²⁹ Lo acepta el propio PECES-BARBA: “De la práctica jurídica como abogado y también de la lucha por la Democracia saqué una experiencia que fortaleció mi vocación universitaria, y también una confirmación de la necesidad de una Filosofía jurídica y política humana y de una sociedad donde los hombres pudiesen vivir libres y en paz. Esa utopía ha sido siempre motor ético que explica los fundamentos de mi vocación como profesor.” (Introducción a la Filosofía del Derecho, Prefacio, op. cit., p. 12).

³⁰ Véase como ejemplos sus trabajos: (i) Derechos Fundamentales, I. Teoría General (1973), op. cit., pp. 72 y 121-122; (ii) “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” (1978), op. cit., p. 245; (iii) “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–” (1988), op. cit., p. 219; (iv) Introducción a la Filosofía del Derecho, (1993), op. cit., pp.

que puede encontrar explicación en los orígenes y evolución de la palabra “persona”.

2. El significado de ser persona

En la Antigüedad la palabra persona del latín *per-sonare*—, lo mismo que su equivalente griego *prósopon* en su acepción de careta o máscara, vino a designar, desde su significación material del instrumento de uso teatral, a los personajes representados en el teatro que ostentaban cierta importancia los *dramatis persona*³¹.

Posteriormente pasó a designar a quienes tenían algún título o cumplían alguna función preeminente en la sociedad, para después extenderse y comprender a quienes eran titulares de situaciones normativas. En este período no todos los seres humanos eran considerados personas. En la época romana más antigua, por ejemplo, se usaba la palabra *homo* para designar al

61 y 62; (v) “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990), op. cit., p. 415; y, (vi) Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General (1995-1999), op. cit., p. 348; etc.

³¹ Se suele buscar el origen de la noción de persona en la voz latina “persona” —o *per-sonare*— y ésta se considera equivalente de la griega *prósopon*, que, como helénica se toma por anterior a la latina. Es lo que sucede con Victorino RODRÍGUEZ, quien lo considera así en su obra: “La dignidad del hombre como persona” (en: AA. VV. Dignidad de la persona y derechos humanos. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982, p. 10). No obstante, hay quienes discrepan de que la palabra “persona” provenga etimológicamente de *per-sonare*. Es el caso de José LLOMPART en su trabajo: “El concepto de persona en el Derecho japonés” (op. cit., p. 402). Sin perjuicio de ello, el término *prósopon* fue usado en la Antigüedad para referirse al rostro, pero también para indicar la faz del sol o de la luna, y en algún lugar se refiere también al hombre, a su cara pero en otro incluso al de los animales. En algún momento llega a coincidir con la voz latina: la máscara, por ejemplo, la máscara trágica o cómica de los actores. De allí se derivan las significaciones de “papel” o “personaje” y posteriormente “persona”. Julián MARÍAS considera que es posible, aunque no es seguro, que la significación de *prósopon* como máscara se deba a una influencia del latín “persona”, y que esta palabra de etimología dudosa sea probablemente etrusca (vid su trabajo: Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana, Revista de Occidente, Madrid, 1970, pp. 41-42).

ser humano. Luego pasó a usarse la palabra “persona” para calificarle, pero sólo si además era considerado un sujeto de Derecho. El esclavo no era considerado persona, pero tampoco animal o cosa, simplemente era un homo, un ser humano, lo cual refleja que se trataba de categorías distintas³². Se trata de una explicación histórica que no justifica, en lo absoluto, tratamientos injustos³³. Con el tiempo, la palabra “persona” terminó designando a todo ser humano y vincularse con la idea de dignidad³⁴. Éste es el significado que ha perdurado hasta la actualidad. Desde las primeras codificaciones, la configuración de las constituciones modernas y los instrumentos

³² Así, en las Instituciones de GAYO (siglo II), la palabra homo es utilizada en sentido de esclavo (servus), también en sentido general añadiéndosele un adjetivo (homines liberi, omnes homines) y en la cita de textos antiguos en los que todavía no se usaba la palabra “persona”. Ésta sólo es utilizada allí para referirse al ser humano cuando se trata de relaciones jurídicas, específicamente para expresar su condición de titular de derechos: en la sociedad, en la familia, etc. No es utilizada para referirse al esclavo, pues éste era considerado sólo como homo, no como persona (aunque tampoco era considerado res o cosa ya que, si bien carecía de capacidad jurídica propia, se le permitía celebrar negocios para su dominus, tener una zona económica más o menos limitada –el peculium– y casarse respetando los impedimentos biológicos, etc.). Se trata de una explicación histórica. (GAYO. Instituciones, reimpresión a la primera edición, nueva traducción por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve, coordinación general y prólogo de Francisco Hernández Tijero, Civitas, Madrid, 1990, vid, como ejemplo, I, 9 y siguientes; III, 164 y siguientes; y II, 86 y siguientes).

³³ Que en otros tiempos algunos seres humanos no fuesen considerados personas no significa que esa circunstancia no haya sido injusta. La historia sirve para explicar los acontecimientos, no para justificarlos. La justificación tiene que encontrarse en la moral (en el sentido de ser una justificación susceptible de ser aceptada por todos), a través de la razón, aunque pueda estar situada en la historia.

³⁴ Lo explica muy bien Santo Tomas DE AQUINO: “como en las tragedias y en las comedias se representaban ciertos hombres célebres; el nombre de persona ha sido empleado, para designar personajes investidos de dignidad: y de aquí nació la costumbre de llamar personas en las Iglesias á [sic] los constituidos en alguna dignidad. Por cuya razón algunos definen la persona, diciendo que ‘es una hipóstasi, que se distingue por la propiedad inherente á una dignidad’. Y, puesto que es de gran dignidad el subsistir en naturaleza racional, se da el nombre de persona á todo individuo racional.” (Suma Teológica, op. cit., Tomo I, Cuestión XXIX, Artículo III, Respuesta al punto 2º, p. 261).

internacionales sobre derechos humanos, se ha instalado en el plano axiológico como en el político-jurídico, a nivel nacional e internacional, la equivalencia entre “persona”, “individuo” y “ser humano”, junto con su correlativa dignidad³⁵. Es un uso que sigue PECES-BARBA y que mantenemos en este trabajo, aunque suele haber preferencia por el vocablo “persona”. Lo explica Abelardo LOBATO:

“En nuestros días hay una preferencia por el nombre de persona para designar al ser humano. Estamos viviendo la hora de los personalismos que han querido rescatar la dignidad del sujeto singular de todos los atropellos a los que la han sometido las ideologías de una y otra tendencia. Esta preferencia está fundada. Hay que tener en cuenta que el hombre necesita en sus procesos de comprensión partir de una totalidad, aunque se le dé de un modo confuso. Hay una concepción global del ser humano existente, en su condición de singularidad, con el encanto y la sorpresa de don y regalo que implica toda vida humana, que sólo se designa bien con nombre personal. El

³⁵ Lo acreditan, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo

1.2, dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; y el uso indistinto que se hace de estos dos términos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales donde se utiliza casi en exclusividad el término “persona” para referirse al ser humano. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos utiliza mayoritariamente el término “individuo” para referirse al ser humano, pero también recoge la palabra “persona” como sinónimo. Por otro lado, la vinculación de la dignidad con el ser humano, o con su condición de persona, así como su elevación a una posición preeminente, también se encuentra acreditada. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, partiendo de considerar en su Preámbulo: “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la familia humana”, proclama en su artículo 1º que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –entre otros instrumentos internacionales– efectúa reconocimiento similar. Por su parte, la Constitución Española de 1979 establece que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). Y la Constitución italiana de 1947 (artículo 3º), así como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 1º), entre otras, expresan similar reconocimiento.

sujeto humano tiene un nombre propio, un rostro, una realidad irrepetible. Esto sólo lo dice en plenitud la palabra persona.” “La persona designa el modo noble de ser, la dignidad más alta.”³⁶

Determinar lo que significa ser persona es, sin embargo, una de las cuestiones más difíciles y elusivas de la historia de la filosofía, quizás por su propia asociación con la naturaleza humana o porque se han producido diversas maneras de interpretarla y de estudiarla. No existe una idea única sobre ella. Si a eso se agrega que en ciertos ámbitos es usada para designar entidades distintas a la humana como ocurre con la llamada “persona jurídica”, el problema se acrecienta³⁷.

En nuestra cultura occidental –aunque sin agotarse en ella– la palabra “persona” se contrapone a la de “animal” o “cosa”. Se vincula con “individuo” pero en estricto no se identifica con él: la individualidad alude a una realidad indivisa en sí misma y distinta a las demás, por lo que si bien toda persona es un individuo, no todo individuo es persona (dependiendo del género al que pertenezca puede hablarse de individuo humano, individuo animal, etc.). Se aproxima a “ser humano” pero estrictamente tampoco se le superpone; no sólo

³⁶ “La dignidad del hombre y los derechos humanos”, en: AA. VV. Dignidad de la persona derechos humanos. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982, pp. 95 y 96, respectivamente.

³⁷ Incluso hay quienes distinguen entre una noción filosófica y una noción jurídica de la persona, como lo hace José A. DORAL: “Una es la concepción filosófica de la persona humana, a que debe acudir para encontrar el significado fundamental, y otra distinta la concepción jurídica, que tiene en cuenta las circunstancias mudables.” “Es incuestionable que el concepto jurídico de persona –‘sujeto de derechos y obligaciones’– es un concepto instrumental, y, en esa medida, un dispositivo técnico.” “El concepto filosófico es más abarcante, excede el ámbito de lo jurídico, trasciende el reducto de la titularidad jurídica, de esa cualidad personal de sujeto de derechos, para remontarse a lo que es la persona por su misma naturaleza.” (“Concepto filosófico y concepto jurídico de persona”, en: Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, Volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 114, las dos primeras citas, y 115 la última).

porque es usada para designar también otras entidades (como las personas divinas o angelicales en el ámbito religioso), sino porque lo califica de manera especial cuando se refiere a él. Mientras el término “ser humano” linda con el mundo de la naturaleza, de la pura existencia; el vocablo “individuo” resalta su singularidad, su sustancia individual frente a cualquier otra realidad. En cambio, la palabra “persona” lo relaciona con la civilización, con un conjunto de valores éticos, políticos, jurídicos.

Hablar de “persona humana”, o simplemente de “persona” para referirse al ser humano (que es el sentido que se le da en este trabajo), añade algo a “persona”, pero también a “humano”. El ser humano recibe una determinación importante cuando se le considera persona (porque se le asocia con un eminente valor, con un proyecto de personificación, de realización integral, etc.); y la persona recibe una significación no menos importante cuando se le considera humana (porque se le asocia con los diversos aspectos y circunstancias de esa condición³⁸

³⁸ Una determinada antropología integral y optimista sobre el ser humano, vinculada a dimensiones trascendentes, ofrece la siguiente explicación de lo que significa ser persona: “Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales en la naturaleza. [...]. El hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobre existe espiritualmente en conocimiento y amor. Es así, en cierta forma, un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros ‘él mismo’ – relación a la cual es imposible encontrar equivalente en todo el universo físico. [...]. La noción de personalidad implica así las de totalidad e independencia. Por indigente y aplastada que esté una persona es, como tal, un todo, y en tanto que persona subsiste de manera independiente. Decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo, más que una parte, y más independiente que siervo. [...]. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual

Suele utilizarse la palabra “persona” para designar al ser humano con el propósito de expresar todo lo que es, o mejor aún, de indicar quién es. Se pretende comprender con ella todas las dimensiones de su humanidad: su individualidad, esencia, autonomía, libertad, racionalidad, sociabilidad, etc.; incluso su espiritualidad o religación divina para quienes lo vinculan con dimensiones trascendentes (con Dios, con lo que va más allá de lo terrenal o simplemente racional), integradas todas ellas en una unidad. Su antecedente más célebre se encuentra en la definición que Anicio M. T. S. BOECIO da sobre el ser humano: *individua substantia rationalis naturae*: “sustancia individual de naturaleza racional”. Por “sustancia” se entiende lo que tiene el ser por sí mismo, lo que le determina en su esencia; se opone a “accidente”: lo que tiene el ser en otro (las dimensiones físicas, el lugar, etc.). La “sustancia individual” alude entonces a una realidad indivisa en sí misma y distinta de las demás realidades. La racionalidad hace referencia a la capacidad de pensar, aprender, de construir conceptos generales, etc.³⁹

Al considerarse a la persona como una sustancia individual de naturaleza racional, se hace referencia, por un lado, a todas las dimensiones esenciales que lo caracterizan como individuo y, por otro, a su capacidad racional que lo distingue de otras sustancias individuales no racionales⁴⁰

Es un sentido afín a los planteamientos de PECES-BARBA. Apesar de que utiliza como equivalentes los términos “persona”, “hombre”, “individuo” y “ser humano”, tal idea se encuentra presente en sus reflexiones. Lo está cuando al referirse a los rasgos que definen la condición humana alude a los “elementos físicos, biológicos y psicológicos que configuran, en su totalidad,

tienden.” (MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*, –1945–, traducción de Héctor F. Miri, *Leviatán*, Buenos Aires, 1982, pp. 12-13).

³⁹ De persona et duabus naturis, en: *Patrologie Latine*, tomo. 64, capítulo III.

⁴⁰ Vid: *Ibid.*

al ser humano”⁴¹; cuando al teorizar sobre su dignidad reconoce que puede ser abordada también desde perspectivas trascendentes que destacan su espiritualidad⁴²; y cuando al tratar sobre su dimensión social resalta su valor, su unidad, afirmando que “el hombre es único”²². La postura que este sentido encierra se opone a aquellos planteamientos que reducen al ser humano a alguna de sus dimensiones, olvidándose de otras que también constituyen su humanidad (como ocurre con el esquema dualista cartesiano que reduce su ser a su conciencia o razón, relegando su corporalidad a un segundo plano, como si fuera una cosa más del mundo exterior⁴³). Se enfrenta a los que pretenden desconocer la calidad de persona de aquellos individuos humanos que todavía no tienen, no han desarrollado o han perdido alguna cualidad que consideran relevante para que sea calificado como tal. Si bien las potencialidades o capacidades humanas son rasgos que la caracterizan, no son elementos que constituyen a la persona. Basta con ostentar la condición humana para serlo²⁴. Por eso esta postura proclama que todo ser humano es persona y que su cabal comprensión sólo puede lograrse mediante una concepción que supere los reduccionismos, abordando la totalidad y unidad de su condición; es decir, a través de una antropología integral⁴⁴.

⁴¹ Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 60. La cursiva es mía.

⁴² La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, (2002), segunda edición, Cuadernos

“Bartolomé de las Casas”, Nº 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 15. Esta segunda edición reproduce prácticamente de manera inalterada el contenido de la primera edición de 2002. Aquí citaremos siempre la segunda edición.

⁴³ Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 62. La cursiva es mía.

⁴⁴ Refiriéndose a los problemas a los que conduce un reduccionismo antropológico, que fragmenta u olvida la realidad integral del ser humano, Julián MARÍAS inquiere: “¿No será menester volver a plantear el tema de su realidad integral y unitaria? ¿No habrá que reunir en una unidad superior estos saberes fragmentarios acerca del hombre?” (El tema del hombre, cuarta edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 15). Modesto SANTOS responde: “tenemos que recuperar el real contenido de la noción de persona humana. En otras palabras, tenemos que recuperar la verdad integral del hombre” (“Technological possibilities and The Dignity of human life”, en: Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos

También suele utilizarse la palabra “persona” para expresar lo que el ser humano será o lo que puede llegar a ser, para manifestar su condición de partícipe y responsable del proyecto de humanización o, si se prefiere, de personificación. Es el sentido que le dan autores como Julián Marías:

“Entendemos por persona una realidad que no es solo real. Una persona ‘dada’ dejaría de serlo. El carácter programático, proyectivo, no es algo que meramente acontezca a la persona, sino que la constituye. La persona no ‘está ahí’, nunca puede como tal estar ahí, sino que está viniendo. Cuando decimos que ‘se está haciendo’, podemos fácilmente entenderlo mal; bien en el sentido de que la persona todavía no esté hecha, o bien de que lo buscado sea su ‘resultado’. No es así: la persona es ya, está hecha como persona, y por otra parte no interesa su ‘acabamiento’ o resultado. Su ser actual es estarse haciendo, mejor, estar viniendo. Toda relación estrictamente personal –amistad, amor– lo prueba: en ella el “estar” es un ‘seguir estando’, hecho de duración y primariamente de futuro, un constante estar yendo y viniendo; sobre todo, un ‘ir a estar’. La relación personal, en cuanto es verdaderamente personal y no ‘cosificada’, es siempre ‘víspera del gozo’, aun en la presencia o la posesión más plenas.”⁴⁵

Es un sentido que destaca la dimensión moral del ser humano, vinculándosele con ideales de autorrealización y de cooperación, sin menoscabar su autonomía, su libertad, pero en un contexto de responsabilidad y solidaridad. Según este sentido, la persona no sólo es considerada un ser, sino también un deber ser, un proyecto que día a día debe alcanzarse. El ser humano, en cuanto persona, está llamado a esforzarse, al máximo de sus capacidades y de sus posibilidades, para ser cada vez mejor persona: para alcanzar su autonomía moral el desarrollo más pleno de todas las dimensiones de su humanidad y contribuir al bienestar de los demás porque el desarrollo

humanos, N° 17, 1987, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 230, traducción personal. La cursiva no es mía).

⁴⁵ Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana, op. cit., p. 45.

integral no es posible alcanzarlo en solitario, se requiere el apoyo recíproco para alcanzarlo. PECES-BARBA participa de estas ideas:

“Ser hombre es el término sucesivo y provisional de una empresa cuya meta es la libertad autonomía la libertad que se alcanza cuando el ser humano logra el pleno desarrollo de todas las dimensiones de su humanidad: su autonomía moral o desarrollo integral], ese punto de llegada del hombre maduro, del hombre en plenitud que ha utilizado correctamente su libertad de elección aunque también se haya equivocado y que ha alcanzado un grado de desprendimiento, de superación de los condicionamientos de la vida social.”⁴⁶

“La empresa de ser hombre [...] supone un esfuerzo cotidiano de autenticidad, basado en esa libertad inicial [es decir, la libertad de elección], para construir y desarrollar la persona integralmente [alcanzar la libertad autonomía]”⁴⁷.

“La acción en la vida social, si se hace desde una perspectiva personal auténtica, es imprescindible para la realización plena de la condición humana.”⁴⁸

En esto consiste parte de la empresa de ser persona: trabajar cotidianamente para perfeccionar la propia vida. El individuo atentaría contra la eminente dignidad que le corresponde si renuncia a luchar por su propio desarrollo, si se duerme en el sitio que hubiera obtenido o le hubiera correspondido y no se esfuerza en ser más plenamente persona en todas las circunstancias concretas de su vida: como hijo, como padre, como amigo,

⁴⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia los derechos fundamentales entre la moral y la política—”, op. cit., p. 221.

⁴⁷ Derechos Fundamentales, cuarta edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983, reimpresión de 1986, p. 50. Esta cuarta edición es prácticamente una reimpresión de la tercera edición del mismo libro, que a su vez se sustenta en una segunda edición del libro original: Derechos Fundamentales, I. Teoría General (op. cit). Cuando en este trabajo se haga referencia a aquel libro: Derechos Fundamentales, se estará citando su cuarta edición de 1983, reimpresa en 1986.

⁴⁸ Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 61

como profesional, como ciudadano y gobernante; en fin, en todos los ámbitos de su vida, tanto públicos como privados. Tal empresa moral se completa con la solidaridad y responsabilidad por el bienestar de los demás. Sólo se puede ser plenamente persona si, además del compromiso con uno mismo, el ser humano no es indiferente con la suerte del otro, si se compromete con el bienestar de quienes, como él, también son personas.

Es una consecuencia ineludible de su sociabilidad: en el encuentro generoso con el otro el ser humano no sólo contribuye al reconocimiento y bienestar de aquel otro, sino que avanza en su propio desarrollo al satisfacer sus necesidades más profundas de convivencia, paz, justicia y felicidad. Nuestro autor lo comprende prontamente: la “auténtica participación libre de todos los hombres en la realización del Bien Común” es la clave para la construcción de una sociedad bien ordenada; “participación en la construcción de la sociedad, que a su vez favorecerá el desarrollo integral de la persona”⁴⁹. Una relación que debe incluir el cuidado del resto de la naturaleza a fin de ser auténticamente liberadora y vivificadora.

En el ámbito moral, político y jurídico la palabra “persona” es utilizada, además, para reconocer la calidad de sujeto del ser humano, su capacidad de gozar, ejercer o cumplir, según corresponda, derechos, deberes u otras conductas en esos órdenes. Un reconocimiento que es, a su vez, un presupuesto epistemológico ya que sin el ser humano no es posible concebir la moral, ni una organización social, política o jurídica.

En su sentido fuerte lleva a exigir para él un tratamiento que tenga en cuenta su condición de causante de esos órdenes. Es también la opción de PECES-BARBA. Éste exige para aquél “un respeto y un tratamiento [...] como

⁴⁹ Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., pp. 226-227 la penúltima cita, y 227 la última.

sujeto, cuya independencia y libertad hay que garantizar en la vida social⁵⁰; y considera al “hombre como origen, causa y destinatario del Derecho”; un individuo que “es anterior y trasciende al Estado”⁵¹.

Sin que acaben allí sus posibles sentidos, el vocablo “persona” es utilizado además para resaltar la importancia del ser humano, la eminente dignidad que le corresponde. Al calificarle como persona se le reconoce una dignidad que merece la mayor consideración y respeto. La dignidad, por su parte, remite al sentido especial de su condición, sea cual fuere la circunstancia de la vida social e histórica en la que se encuentre. Persona y dignidad aparecen así como dos caras de una misma moneda, dos formas de referirse a lo que el ser humano es o debería ser, de expresar las dimensiones que lo caracterizan y que permiten estipular o exigir un tratamiento acorde con su naturaleza. Por ese motivo, la idea que se tenga sobre la persona influye en la noción que se exprese sobre su dignidad, y viceversa. Por tanto *“la persona humana se concibe así como un ser de eminente dignidad”*⁵².

Todos estos sentidos son compatibles entre sí. Pueden concurrir conjuntamente en su significado, y suele ser así. Ellos se encuentran presentes en los planteamientos de PECES-BARBA por eso han sido abordados. Su estudio sistemático permite fijar y examinar el primer elemento de su concepción sobre el ser humano. Para él, todo ser humano es persona y toda persona tiene una eminente dignidad. Con la palabra “persona” comprende todas sus dimensiones, lo ubica dentro de un proyecto de humanización, de realización, lo califica como agente de la vida social, como sujeto moral, político y jurídico, y lo asocia con la eminente dignidad que le corresponde.

⁵⁰ “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 245.

⁵¹ Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., p. 134.

⁵² Derechos Fundamentales, op. cit., p. 50

Del conjunto de su obra emergen las siguientes ideas que, sin ánimo taxativo, definen lo que para él significa que el ser humano sea considerado persona:

1. Un ser que presenta distintas dimensiones que configuran su humanidad (individualidad, libertad, racionalidad, autonomía, sociabilidad, e incluso espiritualidad, etc.), todas ellas integradas en una unidad⁵³;
2. Un ser que debe alcanzar, con su esfuerzo, la autonomía moral, el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su humanidad, todo lo que le sea posible en la vida histórica⁵⁴;
3. Un individuo con vocación de vida comunitaria, que necesita de los demás para desplegarse y poder desarrollarse integralmente;
4. Un actor de la vida social, responsable del desarrollo de su comunidad y de los demás individuos que, como él, son personas⁵⁵;
5. Un sujeto moral, político y jurídico⁵⁶;
6. Un ser único, especial, irrepetible, es decir, poseedor de la más alta dignidad⁵⁷.

Se trata de una visión que se sitúa en el ámbito de la cultura, que se va forjando como obra humana con distintos enfoques y aportaciones parciales, que se van cambiando, matizando o perfeccionando a lo largo de la historia.

3. El camino filosófico de la dignidad.

⁵³ Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 60 y 62.

⁵⁴ “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221.

⁵⁵ Vid: Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., pp. 226-227.

⁵⁶ Cfr.: Derechos Fundamentales, op. cit., p. 50.

⁵⁷ Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., p. 121.

Tras precisar lo que significa ser persona y la íntima relación que presenta con la idea de dignidad, el problema consiste en determinar lo que debe entenderse por ésta. Si bien su uso es frecuente, también es verdad que en su nombre se han emprendido tareas radicalmente opuestas y soluciones contradictorias. Norbert Hoerster no cree posible encontrar una respuesta racional a este problema al calificarla como una fórmula vacía, de difícil sino imposible conocimiento objetivo por su alto grado de indeterminación⁵⁸.

Jesús González Pérez cree que “una fuerza instintiva innata sabrá advertirnos de cuándo se desconoce, no se protege o lesiona la dignidad de una persona”⁵⁹. No podemos aceptar esas posiciones. Que se trate de una fórmula compleja no significa que sea imposible construir un concepto que pueda explicarla racionalmente. Como dice Ronald Dworkin: “el insulto más

⁵⁸ Vid sus reflexiones: “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, en: *En defensa del positivismo jurídico*, (Serie Cla De Ma, Filosofía del Derecho), traducción de Ernesto Garzón Valdés y revisión de Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 97. Analizando el sentido y la función que la dignidad humana cumple en la aplicación del Derecho, al haber sido recogida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, este autor manifiesta: “cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de la dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. La dignidad humana no es –como parece sugerirlo el texto del artículo 1.1 de la L.F.– algo ya dado, cognoscible (como, por ejemplo, la vida humana), sobre lo que pudiera determinarse objetivamente cuáles acciones lo lesionan o protegen” (Ibid., p. 102).

⁵⁹ *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 111. Y agrega: “No parece pueda ofrecerse una definición de algo tan consustancial a la persona como es su dignidad. [...] Ante los intentos de definición, la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso.” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ibid.).

grande a la santidad de la vida es la indiferencia o la pereza al enfrentarse con su complejidad”⁶⁰.

Eusebio Fernández estima que las cosas se ponen más fáciles cuando se aborda el problema en el contexto de las tradiciones culturales humanistas que ven a los derechos humanos o fundamentales como unas exigencias que expresan, básicamente, el contenido y los alcances de esa dignidad⁶¹.

Atendiendo a las enseñanzas de la historia, PECES BARBA nos recuerda que “la idea de dignidad, como todas las demás que manejamos en el ámbito de la cultura moral, política y jurídica, son construcciones del pensamiento humano”⁶². Ella tuvo que superar avatares históricos y confrontaciones intelectuales para iluminar “el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad”, en los diversos esfuerzos de liberación humana⁶³. No es, pues, en sus orígenes, una categoría jurídica como la de derecho subjetivo, ni una política como la de democracia. Es ante todo una construcción de la filosofía para expresar la valía de la persona. Un concepto **prepolítico y prejurídico**, aunque con vocación de ser asumido por el poder y pasar a integrar el ordenamiento jurídico⁶⁴.

⁶⁰ El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreras, Ariel, Barcelona, 1994, p. 314.

⁶¹ Vid: FERNÁNDEZ, Eusebio. “La dignidad de la persona”, en: Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 21, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 24

⁶² “La libertad del hombre y el genoma”, en: Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre-marzo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 319.

⁶³ PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 66.

⁶⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 67-68.

A veces parece que se dan de manera simultánea, pero con una pausa metodológica es posible diferenciarlos y enunciarlos por separado. El primero consiste en el conocimiento del ser humano, es decir, en una toma de posesión de todo lo que es y puede llegar a ser, incluyendo sus relaciones con los demás y las interacciones con el resto de la naturaleza. El segundo en una toma de posición: el reconocimiento-justificación de la valía de su condición, sustentada en el análisis y reflexión de los datos que se hayan encontrado.

Esto no significa que su consideración de persona o la eminente dignidad que le corresponde estén libradas a nuestro arbitrio. Simplemente que es necesario que la voluntad humana, iluminada por la razón, sea consciente de su propia condición para dar el siguiente paso: la estipulación de prescripciones para que la dignidad se realice plenamente; esto es, para efectuar una nueva toma de posición sobre las acciones que deben cumplir las personas, la sociedad y el Estado a fin de que se desarrollen todas las dimensiones de la condición humana. Al llegar a este tramo final se puede edificar ya un edificio normativo, sea de índole moral, política o jurídico⁶⁵.

Este recorrido filosófico es muy importante para el edificio teórico de PECESBARBA. Si bien la dignidad es la base de los preceptos que utiliza para su construcción, no considera lógicamente posible que pueda derivarse de la dignidad o naturaleza humana el ser un precepto o fuerza normativa el deber ser, sin que intervenga un elemento medial. Es necesario dar el paso racional antes indicado para estipular el deber ser que otorgue esa fuerza normativa. Este recorrido explica por qué PECES BARBA considera que a su postura: “No

⁶⁵ Desde otro punto de vista, Norbert HOERSTER refiere que una de las estrategias planteadas para inferir un deber ser, a partir de un ser, es introducir una definición (es decir, un análisis de significado) entre el juicio descriptivo (el ser) y el juicio valorativo (el deber ser). “El presupuesto es tan sólo que la definición del concepto normativo en cuestión pueda remitirlo totalmente a algún concepto descriptivo.” (Problemas de ética normativa, –Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política–, s/t. Distribuciones Fontamara, México D.F., 1992, p. 15).

se le puede reprochar la falacia naturalista, porque sus preceptos no derivan de la naturaleza o condición humana, sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertir a esos proyectos de dignidad en dignidad real.”⁶⁶

Con la hipótesis de su concepción sobre la persona, Peces Barba desarrolla una estrategia discursiva para la construcción de su concepto de dignidad. Su humanismo expresa la íntima relación que encuentra entre ambas ideas. Luego de fundamentarla, sitúa a la dignidad como la piedra angular sobre la cual asienta su propuesta de desarrollo humano, su modelo de sociedad bien ordenada. Tal postura aparece en sus reflexiones desde el inicio de su labor académica. Se encuentra con mayor profusión y de manera más acabada en su obra: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2002-2003) y en sus “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana” (2005)⁶⁷. Utiliza allí un discurso descriptivo para concebir a la dignidad como una cualidad de la persona derivada de una serie de rasgos que le son propios. Pero también un discurso prescriptivo para concebirla como un deber ser a partir del cual puede construirse un ordenamiento moral, político y jurídico⁶⁸.

Ambos discursos son complementarios: el primero describe las dimensiones que permiten conocer quién es el ser humano –o lo que podría

⁶⁶ La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 68.

⁶⁷ En: AA. VV. *Desafíos actuales a los derechos humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15- 36. El citado artículo de PECES-BARBA reproduce parte de su libro *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., con algunas referencias y explicaciones adicionales; por tal motivo, en este trabajo citaremos principalmente este último libro, salvo que sea necesario hacerlo también con aquel artículo.

⁶⁸ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

llegar a ser—, los rasgos que le caracterizan, que justifican su ser persona, la eminente dignidad que le corresponde; y por el segundo estipula, a partir de esos rasgos y a través de una mediación racional, las exigencias que deben realizarse para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que su modelo persigue. Con esas herramientas construye su concepto de dignidad humana y explora el rol que le debería corresponder en la edificación de una sociedad dispuesta a alcanzar esos objetivos. La define como un punto de partida, pero también como un punto de llegada.

La dignidad como punto de partida, explica PECES-BARBA, expresa: “*el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible*”; es decir, “una descripción de las dimensiones de nuestra condición, el fundamento de nuestra ética pública, porque acota el ámbito de su acción para realizar el proyecto en que consiste el ser humano”: la plena realización de todas las dimensiones de su humanidad.

“En ese sentido es un punto de partida, un modelo a realizar.”⁶⁹ Y añade:

“La persona es un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica esto es, la ética pública que ha sido asumida por el poder e incorporada al Derecho, al servicio de ese deber ser.”⁷⁰

Una afirmación de evidente raíz kantiana, pues para Immanuel KANT: “el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o

⁶⁹ Ibid., pp. 68, la primera cita; y 50, las dos últimas

⁷⁰ Ibid., p. 68.

aquella voluntad”; por ese motivo, tanto en las acciones dirigidas hacia su propia persona como en las orientadas hacia otros seres racionales, “el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin”⁷¹. Siendo un fin en sí mismo prosigue, cada ser humano es único, no puede ser sustituido por nada ni por nadie porque carece de equivalente; no posee un valor relativo, es decir, un precio, sino un valor intrínseco llamado dignidad⁷². Una elevada calificación que exige de él un comportamiento acorde con esa dignidad, tanto en sus relaciones con los demás, como en las acciones orientadas a su propia persona. Por eso establece: “*Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio*”⁷³.

La dignidad es definida, entonces, como el valor intrínseco de la persona. Responde a su ser único e irrepetible, a todas las dimensiones que configuran su humanidad. Expresa su condición de fin en sí mismo, por lo que jamás debe ser tratada como objeto ni como simple medio. Refleja su valor preeminente respecto de cualquier otra realidad material o social (sin que eso signifique

⁷¹ Fundamentación para una metafísica de las costumbres, (1785), op. cit., p. 114.

⁷² “En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad.

Cuanto se refiere a las universales necesidades e inclinaciones humanas tiene un precio de mercado; aquello que sin presuponer una necesidad se adecua a cierto gusto, esto es, a una complacencia en el simple juego sin objeto de nuestras fuerzas anímicas tiene un precio afectivo; sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser un fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad.” (KANT, Immanuel. Ibid., pp. 123- 124).

⁷³ Ibid., p. 116.

justificar el egoísmo, la irresponsabilidad, prescindir de la comunidad u olvidar el cuidado del resto de la naturaleza)⁷⁴.

Tiene un carácter inherente a toda persona que refleja la igualdad básica entre todos los hombres y mujeres. Supone el mutuo reconocimiento de esa igual dignidad entre todos y cada uno de nosotros, por lo que no se puede defender la dignidad de uno y negársela a los demás. La tenemos todos, absolutamente todos los seres humanos, independientemente de nuestras características, capacidades, posibilidades y de las particulares condiciones que nos toque vivir. Incluso es independiente de que adoptemos o no comportamientos virtuosos, de que nuestro comportamiento sea indigno o de que nuestra propia percepción sea disconforme con el preeminente valor de nuestra condición humana⁷⁵. Un valor que, con la mediación de la razón, demanda el desarrollo integral del ser humano.

Por otro lado, prosigue PECES-BARBA, la dignidad es *“un deber ser que se puede realizar en el dinamismo de la vida humana, siempre limitadamente, siempre condicionado históricamente y temporalmente en el plazo de nuestra existencia. En ese sentido es un punto de llegada”*, “no es únicamente un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse”⁷⁶.

⁷⁴ Eusebio FERNÁNDEZ es de similar parecer. Entiende a la noción de dignidad humana “como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” (“La dignidad de la persona”, op. cit., p. 20).

⁷⁵ Como anota Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, la dignidad “la tienen todos los seres humanos, igual y esencialmente, con independencia de sus méritos y capacidades, o de cualesquiera otros rasgos contingentes que nos caracterizan.” (Autonomía, dignidad y ciudadanía –Una teoría de los derechos humanos–, op. cit., p. 421).

⁷⁶ La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 50 y 68, respectivamente.
La cursiva es mía.

En otras palabras, la dignidad es también una meta, un proyecto de realización humana, que quizás no llegue a alcanzarse plenamente en la realidad por los condicionamientos históricos existentes pero a cuya consecución jamás debe renunciarse. Un proyecto difícil, pero posible, al que debemos comprometernos todos: el individuo, la sociedad, el Estado; porque su cabal consecución no puede alcanzarse en solitario, requiere de esfuerzos serios, recíprocos y apoyos constantes.

Tal enfoque no pretende relativizar el contenido de la dignidad, mucho menos restarle fuerza o justificación a las prescripciones que se deriven de ella. Tan sólo poner de manifiesto que éstas no se satisfacen de una vez y para siempre; que el pleno desarrollo del ser humano es un horizonte utópico, aunque posible de alcanzar; que la complejidad de la condición humana y los cambios de la vida social generan nuevas exigencias vinculadas con la dignidad que deben ser igualmente satisfechas; y que su cabal realización se encuentra muchas veces condicionada a una serie de factores, como la escasez y la pobreza. No implica, en lo absoluto, que cualquier conducta o decisión sea compatible con la dignidad, ni afecta el deber ser de sus prescripciones. Por tanto, partiendo de este deber ser (dignidad como punto de partida), corresponde al individuo, al Estado y a los diversos ámbitos de la sociedad cumplir con realizar cotidianamente esas exigencias, al máximo de sus respectivas capacidades y posibilidades, para intentar alcanzar ese horizonte, aunque tal esfuerzo se encuentre condicionado históricamente (dignidad como punto de llegada).

Entre la dignidad como punto de partida y la dignidad como punto de llegada Peces-Barba ubica racionalmente a la ética pública, con sus exigencias para la política y el Derecho, articuladas principalmente en valores, principios y derechos fundamentales, a fin de construir una sociedad comprometida con su realización.

“Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo necesariamente una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública.”⁷⁷

“Entre la dignidad como punto de partida y como punto de llegada, se extiende la ética pública, política y jurídica, que modela la morada temporal de los hombres, la sociedad que es la casa donde se realiza el recorrido de la dignidad. La razón será, a lo largo de la historia, la que delibere y resuelva sobre los caminos que el hombre debe recorrer para desarrollar esas condiciones que tenemos en proyecto, y que suman las dimensiones de la dignidad.”⁷⁸

Bajo este planteamiento la reflexión sobre la dignidad humana no sólo debe atender a su contenido, a los fundamentos que la justifican, sino también a las condiciones y actuaciones que son necesarias para que ella se realice plenamente en la realidad. Debe ir acompañada de esfuerzos cotidianos y constantes iluminados por la razón. En esa tarea la sociedad y el Estado tienen un papel importante que cumplir, a través de la correcta ordenación de la sociedad, de la función promocional del Derecho, de la eliminación de barreras y del cumplimiento de prestaciones positivas y negativas de dar, de hacer y de no hacer; pero también la persona, individualmente considerada, tiene que poner los medios adecuados para plasmarla. Una serie de exigencias que debe orientar los distintos ámbitos de la vida social, donde la dignidad no sólo

⁷⁷ Ibid., p. 67.

⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 50.

es un atributo sino también un proyecto que día a día debe realizarse y conquistarse.

3.1. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho

La evolución histórica y el concepto de dignidad humana” (2005). Supone una reflexión desde la Filosofía del Derecho que utiliza como método a la razón histórica para analizar los aportes que, con relación al ser humano y a su dignidad, realizaron distintos autores a lo largo del tiempo a través de diversas manifestaciones culturales. Aplica este método para extraer de ellos las racionalidades parciales que le resultan útiles para terminar de perfilar su propia concepción al respecto.

Esta aproximación le permite verificar que la idea sobre el ser humano, así como de la dignidad que le es reconocida, no ha sido siempre la misma. La idea que se tiene en la actualidad arranca el tránsito a la modernidad, aunque desde la antigüedad existen ya materiales o precedentes que servirán para la construcción del modelo moderno⁷⁹. En ese recorrido si bien la palabra “dignidad” o su equivalente muchas veces no aparece expresamente, la idea que encierra se encuentra desde antiguo ya presente.

4. El desarrollo histórico de la dignidad humana

Desde la antigüedad surge, tanto en oriente como en occidente, la idea del hombre como grande, perfecto, distinto de los animales y de la naturaleza, ser racional capaz de comunicarse y de ser creativo. KHUNG-TSÉ (CONFUCIO), CICERÓN, PLATÓN, SÉNECA y OVIDIO, entre otros, son parte de una generación de pensadores de la antigüedad que Peces Barba tiene

⁷⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 21.

especialmente en cuenta como muestra de que el origen de la idea de dignidad no es exclusivo de occidente, sino que sus rastros se encuentran también en la tradición de oriente⁸⁰.

Los aportes de KHUNG-TSÉ, fundador del confucionismo y representante del pensamiento oriental, como de Marco Tulio Cicerón, estoico y representante del pensamiento occidental, son ejemplos de ello: “La Ley de la gran Doctrina, o de la filosofía práctica nos dice el primero, consiste en desenvolver e ilustrar el luminoso principio de la razón que hemos recibido del cielo, en regenerar a los hombres, y en situar su destino definitivo en la perfección, o sea en el bien supremo”⁸¹.

“La excelencia de la naturaleza humana destaca el segundo, considerada en todo lo que la distingue de los demás animales”, se vincula con la razón y el habla “que, enseñando, aprendiendo, comunicando, disputando y juzgando, concilia los hombres entre sí y los une en una sociedad natural.”⁸²

En la antigüedad la idea de dignidad no sólo aparece asociada con tales atributos. También aparece vinculada con el título que una persona ostenta, la imagen que representa o la función eminente que cumple en la vida social. En Roma, por ejemplo, la idea de dignidad se encontraba relacionada con la jerarquía o condición que las clases sociales más altas ostentaban: ellas se

⁸⁰ Vid, como prueba, su obra precedentemente citada (Ibid., pp. 21-26).

⁸¹ El Ta-Hio o el Gran Estudio”, en: Confucio, Los Cuatro Libros de Filosofía Moral y Política de China, versión de J. Farrán y Mayoral, José Janés, Barcelona, 1954, p. 3.

⁸² Los Oficios, con los diálogos de la vejez, la amistad, las paradojas y el sueño de Escisión, (Colección Austral), traducidos por Manuel de Valbuena, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, Libro I, capítulo XXVII, p. 63; y capítulo XVI, p. 45, respectivamente.

comportaban con “dignidad” y se aceptaba socialmente que fuesen tratadas con “dignidad”.

Sin excluir otros aportes teológicos o religiosos, con la aparición y difusión del judaísmo y del cristianismo, el ser humano recibe una importancia primordial al concebirse como ser creado a imagen y semejanza de Dios, elevándose la idea de dignidad a dimensiones trascendentes. Una muestra de la importancia que tiene desde la Antigüedad la perspectiva teocéntrica. Resulta especialmente significativo la condición que el Génesis atribuye al ser humano: “Entonces dijo Dios: Hagamos a los seres humanos a nuestra imagen, según nuestra semejanza, para que dominen sobre los peces del mar, las aves del cielo, los ganados, las bestias salvajes y los reptiles de la tierra”⁸³.

“Y creo Dios a los seres humanos a su imagen; a imagen de Dios los creó; varón y mujer los creó”⁸⁴; condición que es exaltada por uno de los Salmistas al agregar: “¿qué es el hombre para que te acuerdes de él, el ser humano para que cuides de él? Lo hiciste apenas inferior a un dios, coronándolo de gloria y esplendor; le diste poder sobre la obra de tus manos, todo lo pusiste bajo sus pies”⁸⁵. PECES-BARBA encuentra en estas escrituras un ejemplo de la

⁸³ “Génesis”, 1: 26, en: AA.VV. Biblia de América, traducción íntegra de los textos originales con introducciones, notas y vocabulario bíblico, s/t, aprobada por la Conferencia del Episcopado Mexicano, y autorizada por la Conferencia Episcopal de Colombia y la Conferencia Episcopal de Chile, La Casa de la Biblia, PPC, Sígueme, Verbo Divino, Madrid, 1999, p. 11.

Las citas a los libros de la Biblia que se hacen en este trabajo corresponden a esta edición de la Biblia de América.

⁸⁴ “Génesis”, 1: 27, en: Ibid.

⁸⁵ “Salmos”, 8: 5-7, en: Ibid., p. 899. ⁸⁵ “Génesis”, 1: 26, en: AA.VV. Biblia de América, traducción íntegra de los textos originales con introducciones, notas y vocabulario bíblico, s/t, aprobada por la Conferencia del Episcopado Mexicano, y autorizada por la Conferencia Episcopal de Colombia y la Conferencia Episcopal de Chile, La Casa de la Biblia, PPC, Sígueme, Verbo Divino, Madrid, 1999, p. 11.

Las citas a los libros de la Biblia que se hacen en este trabajo corresponden a esta edición de la Biblia de América.

⁸⁵ “Génesis”, 1: 27, en: Ibid.

⁸⁵ “Salmos”, 8: 5-7, en: Ibid., p. 899.

especial condición que el Génesis y uno de los Salmistas atribuyen al hombre y a la mujer como seres superiores de la tierra, creados a imagen y semejanza de Dios⁸⁶. El cristianismo añade la redención y filiación divina al considerarlos también como hijos de Dios: creación y redención son los dos pilares sobre los que descansa la idea cristiana de dignidad humana. Con ello se inaugura una nueva manera de valorarlo: Porque “tanto amó Dios al mundo que le dio a su Hijo único, para que todo el que crea en él no perezca, sino que tenga vida eterna”⁸⁷. “Consideren el amor tan grande que nos ha demostrado el Padre: hasta el punto de llamarnos hijos de Dios; y en verdad lo somos”⁸⁸.

Esta perspectiva teocéntrica iniciada en la Antigüedad adquiere mayor auge en la Edad Media hasta caracterizarla como expresión de la condición y dignidad humana. Paradójicamente, se ve oscurecida por el contexto social que también caracterizaba a dicho período histórico: por las relaciones feudales basadas en los vínculos de superioridad entre el señor y sus vasallos, por las situaciones de dominación contra la mujer y diferentes grupos humanos (situación que hunde sus raíces en la Antigüedad y que desgraciadamente se mantiene), así como por las relaciones corporativas o comunitarias sustentadas en la desigualdad que disminuyen y hasta privan de dignidad a los sujetos ubicados en los estamentos inferiores.

En el Tránsito a la Modernidad la idea sobre la condición humana empieza a abandonar progresivamente su religación divina o las dimensiones

⁸⁶ Vid: La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 22-23.

⁸⁷ “Evangelio según San Juan”, 3: 16, en: AA.VV. Biblia de América, op. cit., p. 1287.

⁸⁸ “Juan” (Primera Epístola de San Juan), 3: 1-2, en: Ibid., p. 1514. “Es Dios quien le muestra al hombre cómo comprender su propia dignidad. Más allá de los argumentos de Derecho natural –no sólo sin oponerse a ellos, sino confirmándolos desde una instancia superior y aun llevándolos más allá–, la Revelación abre una nueva manera de valorar la vida del ser humano.” (DOIG, Germán. Los Derechos humanos y la Enseñanza Social de la Iglesia, Asociación Vida y Espiritualidad –VE–, Lima, 1991, p. 43).

que trascienden al ser humano terrenalmente considerado, así como la noción que vincula la dignidad con el cargo, el título o la imagen que una persona representa o se le reconoce en sociedad. Es en este período, especialmente con el Renacimiento, donde se desarrolla una visión optimista del ser humano y una gran confianza en su ingenio y capacidades. Se produce una exaltación del individuo, una reivindicación de su libertad y de su capacidad para razonar y construir su propio destino, para actuar en el campo del arte, de la literatura, de la cultura, etc., sin mediación ni barrera alguna. Es un período donde la dignidad del ser humano se construye haciéndose hincapié fundamentalmente en dimensiones exclusivamente humanas, terrenales, para identificar sus rasgos. Período que pese al retroceso que supuso el siglo XVII para la idea de dignidad (no porque ésta se encontrase ausente, sino porque aparece con menos entusiasmo por las dificultades que el ser humano tuvo que enfrentar en dicho siglo para su desarrollo) proporcionará los cimientos sobre los cuales se edificará el modelo moderno⁸⁹.

Peces Barba resalta en este período la obra de varios autores que le sirven de referente: de los humanistas renacentistas los aportes de: Gianozzo Manetti, Pico de la Mirándola, Lorenzo Valla, Ángelo Poliziano, Pietro Pomponazi, Giordano Bruno, y otros más; entre los españoles de ese período: Fernán Pérez de la Oliva, Juan de Brocar, Juan Luis Vives, etc.; y entre los

⁸⁹ José Antonio MARAVALL refiriéndose a esta época de dificultades para el desarrollo de la dignidad humana nos dice: “el hombre según se piensa en el siglo XVII, es un individuo en lucha, con toda la comitiva de males que a la lucha acompañan, con los posibles aprovechamientos también que el dolor lleva tras de sí, más o menos ocultos. En primer lugar se encuentra el individuo en combate interno consigo mismo, de donde nacen tantas inquietudes, cuidados y hasta violencias, que desde su interior irrumpen fuera y se proyectan en sus relaciones con el mundo y con los demás hombres. El hombre es un ser agónico, en lucha dentro de sí, como nos revelan tantos soliloquios de tragedias de Shakespeare, de Racine, de Calderón. En la mentalidad formada por el protestantismo se da, no menos que en los católicos que siguen la doctrina del decreto tridentino ‘De justificatione’, la presencia de un elemento agónico en la vida interna del hombre” (La Cultura del Barroco, –1975–, sexta edición, Ariel, Madrid, 1996, p. 328).

escritores religiosos de esa época: San Juan de la Cruz, Santa Teresa, Luis de Molina, Fray Luis de Granada, y otros; de los pensadores del XVII: LA Bruyère, Pascal, Pufendorf, Tomasio.⁹⁰ Resultan significativas, como ejemplo de la exaltación de la condición humana en el Tránsito a la Modernidad, las ideas que Pico de la Mirándola y Giordano Bruno transmiten, respectivamente:

“Ni celeste, ni terrestre te hicimos, ni mortal, ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas, por tu misma decisión.”⁹¹.

“Los dioses habían dado al hombre el intelecto y las manos y lo habían hecho semejante a ellos, concediéndole un poder sobre los demás animales, el cual consiste en poder actuar no sólo según la naturaleza y lo ordinario, sino además fuera de las leyes de ella a fin de que (formando o pudiendo formar otras naturalezas, otros cursos, otros órdenes con el ingenio, con esa libertad sin la cual no poseería dicha semejanza) viniera a conservarse dios de la tierra”⁹².

Con esos precedentes, la Modernidad aborda el problema de la condición humana desde una perspectiva antropocéntrica y laica⁹³. En ella resultan

⁹⁰ Vid: La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 28-42.

⁹¹ DE LA MIRÁNDOLA, Pico. De la dignidad del hombre, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno, (Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales), edición, introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 105.

⁹² BRUNO, Giordano. Expulsión de la bestia triunfante, –Alianza Universidad–, traducción, introducción y notas de Miguel A. Granada, en colaboración con el Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 227.

⁹³ Sobre el particular refiere Marie-Luce PAVIA: “La dignidad sumerge sus raíces en la modernidad que, ella misma venida desde lejos, impone al humanismo y pone al individuo en el centro de un nuevo cosmos social, contra el antiguo régimen, es decir, el de la sociedad holista. Como un concepto operatorio, ella marca la aparición de

significativos los aportes de los pensadores de la Ilustración, en cuyas obras aparecen también los rasgos que caracterizan al ser humano y que expresan razones para justificar la eminente dignidad que se le reconoce. Sus posiciones se ven acompañadas por un optimismo sobre las posibilidades de progreso y por unas circunstancias favorables que impulsan el humanismo; sin que eso signifique justificar los excesos pues la Ilustración se plantea también los límites, tanto de la acción como de la razón, relacionando libertad, dignidad y moralidad. Peces Barba destaca en este período a Wolff, Voltaire, Rousseau, Kant y Fichte, como referentes de su propia concepción⁹⁴.

En palabras de Martín Kriele:

“El principio básico de la ilustración política era, así pues, el siguiente: Cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad. Este principio plantea una exigencia intelectual y una exigencia moral. Intelectualmente, se trata de determinar las condiciones concretas de la realidad necesarias para la realización de ese derecho. Moralmente, la efectuación de aquellas condiciones presupone solidaridad y compromiso: sentir la injusticia, la indigencia o la miseria de los demás como propias y luchar por conseguir reducirlas. La ilustración política es, pues, una combinación de realismo y solidaridad. Ambos elementos se complementan mutuamente. Un realismo descarnado que desplazase la moralidad hacia la determinación abstracta de los fines y considerase los medios únicamente bajo el prisma de su

una filosofía jurídica de los derechos del hombre que otorga los medios para pensar acerca de ‘la naturaleza humana’, despeja los presupuestos de la fe, las costumbres y las instituciones que hacen la historia concreta de los individuos. El descubrimiento de la dignidad cumple su papel ahí: después de haber abstraído todo el peso de los hechos, se pasó de la naturaleza a la naturaleza humana y a la igualdad de la dignidad de los hombres entre ellos.” (“La découverte de la dignité de la personne humaine”, en: *La dignité de la personne humaine, –Études Juridiques–*, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Economica, París, 1999, p. 3, traducción personal).

⁹⁴ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 44-59.

utilidad inmediata, lesionaría tanto los requisitos de solidaridad, como lo hace un moralismo no realista.”⁹⁵

Uno de los autores más representativos de la Ilustración, que ejerce una importante influencia en el antropocentrismo secularizado de Peces Barba, es Jean Jacques Rousseau. Nuestro autor considera su aporte como “el modelo de la dignidad humana compatible con la fe”; pues aunque “pasa por la crítica a la actitud de las Iglesias [...] se sitúa, por su religiosidad natural, entre los defensores de la compatibilidad entre la dignidad y la religiosidad, no sometida al control de las Iglesias.”⁹⁶

Rousseau parte de su propia inteligencia e imaginación para avanzar, paso a paso, a través de la experiencia, la observación y la reflexión, hasta llegar a las leyes de la dinámica, de la materia y a la armonía del todo. En esa constatación descubre a Dios: “el mundo está gobernado por una voluntad poderosa y sabia” que es además una suprema inteligencia, afirma⁹⁷.

“A este ser que quiere y que puede, a este ser activo por sí mismo, a este ser, en fin, cualquiera que sea, que mueve el universo y ordena todas las cosas, yo lo llamo Dios”⁹⁸.

Con esta conclusión vuelve su mirada al hombre porque reconoce que le es imposible ir más allá. Lo concibe como el primero en la jerarquía del mundo por los rasgos que lo distinguen del resto de la naturaleza: “Percibo a Dios por

⁹⁵ “Libertad y dignidad de la persona humana”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, traducción de José M. Beneyto, N° 9, 1982, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 40.

⁹⁶ La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 51, la primera cita; y 56, la segunda.

⁹⁷ La Profesión de fe del vicario saboyano, de Jean-Jacques Rousseau, (1762), (El libro universitario), edición de Ignacio Izuzquiza, versión de Mauro Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p.

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ibid.

todas partes en sus obras dice; lo siento en mí, lo veo a mi alrededor, pero tan pronto como quiero contemplarlo en sí mismo, tan pronto como quiero buscar dónde está, qué es, cuál sea su sustancia, se me escapa, y mi espíritu turbado ya no percibe nada”⁹⁹. Y agrega:

“Es pues verdad que el hombre es el rey de la tierra que habita, porque no solamente domina a todos los animales, no sólo dispone de los elementos por su industria, sino que es el único en la tierra que sabe disponer de ellos, y se apropia, además, por la contemplación, de los astros mismos, a los que no puede acercarse. ¡Que me muestren otro animal sobre la tierra que sepa hacer uso del fuego, y que sepa admirar el sol! ¡Cómo! Puedo observar, conocer los seres y sus relaciones, puedo sentir lo que es orden, belleza, virtud, puedo contemplar el universo, elevarme hasta la mano que lo gobierna, puedo amar el bien, hacerlo, ¿y he de compararme con las bestias? [...]. En cuanto a mí, [...] contento con el lugar en que Dios me ha puesto, después de él nada veo mejor que mi especie, y si yo tuviera que escoger mi lugar en el orden de los seres, ¿qué podría escoger más que ser hombre?”¹⁰⁰.

La conciencia individual es, para él, el elemento principal de la dignidad humana, la que guía su libertad e inteligencia, la que finalmente define la moralidad de sus acciones¹⁰¹. Por eso critica el dogmatismo, la intolerancia, el irracionalismo. Respeta la libre adhesión a la fe de cada persona, pero critica a las sectas y a las estructuras eclesiales de las Iglesias que pretenden

⁹⁹ 131 Ibid.

¹⁰⁰ 132 Ibid., p. 66.

¹⁰¹ “Hay pues en el fondo de las almas un principio innato de justicia y de virtud por el cual, a pesar de nuestras propias máximas, juzgamos nuestras acciones y la de los demás como buenas o malas, y es a ese principio al que doy el nombre de conciencia.” “¡Conciencia! ¡Conciencia! Instinto divino, inmortal y celeste voz; guía seguro de un ser ignorante y limitado, pero inteligente y libre; juez infalible del bien y del mal, que hace al hombre semejante a Dios; tú eres quien hace la excelencia de su naturaleza y la moralidad de sus acciones; sin ti no siento nada en mí que me eleve por encima de los animales, salvo el triste privilegio de perderme de error en error con la ayuda de un entendimiento sin regla y de una razón sin principio.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ibid., pp. 80 y 82, respectivamente).

imponer su intermediación entre Dios y los hombres, tener el monopolio de la verdad y administrar en exclusiva la palabra divina:

“Si sólo se hubiera escuchado lo que Dios dice al corazón del hombre, nunca habría habido más que una religión sobre la tierra”, según el criterio de Rousseau. Y concluye: “No otorguemos nada al derecho de nacimiento y a la autoridad de los padres y de los pastores, sino que sometamos a examen de conciencia y de la razón cuanto nos han enseñado desde nuestra infancia.” E insiste: “Aunque me griten: somete tu razón.

Eso mismo puede decirme quien me engaña; necesito razones para someter a mi razón”¹⁰². “El Dios que adoro no es un Dios de tinieblas, no me ha dotado él de entendimiento para prohibirme su uso; decirme que someta mi razón es ultrajar a su autor. El ministro de la verdad no tiraniza mi razón; la esclarece.”¹⁰³

Una tradición seguida por muchos desde el siglo decimonónico hasta la actualidad. Peces Barba destaca entre los autores contemporáneos a los del socialismo ético, en particular a Fernando de los Ríos, Carlo Rosselli, Elías Díaz, Virgilio Zapatero. Precisamente es Fernando de los Ríos quien adopta una postura similar en la primera mitad del siglo XX. Sus reflexiones en materia religiosa han influido mucho en la evolución de las ideas de Peces Barba, especialmente para profundizar en la importancia de la laicidad, el pluralismo, la tolerancia y la libertad de conciencia, religiosa e ideológica¹⁰⁴. Su humanismo tiene una base religiosa no clerical del que nuestro autor dice sentirse muy próximo¹⁰⁵.

¹⁰² Ibid., pp. 89, la primera; y 91, las dos últimas.

¹⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ibid., p. 94.

¹⁰⁴ Así lo reconoce el propio PECES-BARBA en: La España civil, op. cit., p. 246 y 247-248.

¹⁰⁵ Vid: Ibid., p. 242.

De los Ríos defiende la supremacía de los valores espirituales, pero con una actitud de heterodoxia religiosa: una religiosidad espiritualizada e interiorizada de manera personal, íntima, con hambre de absoluto, de exploración espiritual, y vivida de manera libre, con base en la emoción, en los sentimientos y apoyada en la soberanía crítica de la conciencia. Por eso rechaza la necesidad de una Iglesia institución como ámbito para desarrollar la espiritualidad y entrar en diálogo con Dios. Profesa un cristianismo de corte erasmista: simplificado, humanista, anticlerical y con un espíritu tolerante, compasivo, amante de la libertad.

5. El primado de la persona: dignidad como fundamento de la moral, la política y el derecho

Si partimos de reconocer la eminente dignidad de la persona; entonces ésta puede ser ubicada racionalmente como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho; como el punto de partida y el punto de llegada del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales; es decir, como la piedra angular y el horizonte de una sociedad bien ordenada. Ésa es la posición que le asigna un humanismo personalista. Si bien es la persona a quien, en estricto, le corresponde ese lugar privilegiado (en el sentido de ser su titular o beneficiario), suele ubicarse a su dignidad en esa posición con el propósito de resaltar que toda la organización social, incluyendo el comportamiento de las personas propiamente dichas, tienen que ser conformes y estar a la altura de aquel eminente valor (vivir con dignidad, no actuar de manera indigna.).

No olvidemos que “persona” y “dignidad” son dos caras de una misma moneda, dos formas de denotar todas las dimensiones de la condición humana, de reconocer su valía y de estipular o exigir un tratamiento acorde con su naturaleza. Con esa precisión, la dignidad del ser humano es ubicada

racionalmente como la raíz y la razón de ser de la moral, la política y el Derecho. Un valor, a partir del cual, puede edificarse una moral, con sus exigencias para la política y el Derecho, con el propósito de alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen; esto es, para que los diversos niveles de la vida social estén organizados de tal modo que todos los seres humanos pueden alcanzar con su esfuerzo pero con la ayuda de los demás su desarrollo más pleno, su desarrollo integral.

Es lo que hace Peces Barba al defender “la primacía de la persona humana, o dicho de otra forma, el reconocimiento a todos los niveles de la eminente dignidad” que le corresponde¹⁰⁶. Sobre esa base construye su edificio teórico: la ubica como el principal “referente del pensamiento moral, político y jurídico”, como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 245. Desde diferentes puntos de vista, una vasta doctrina se agrupa en torno a este camino. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ insiste, por ejemplo, en que: “La dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el [D]erecho positivo no puede desconocer, como no puede desconocer los derechos a la misma inherentes” (La dignidad de la persona, op. cit., p. 82); y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, entre otros, anota: “La elevación por el propio artículo 10.1 [de la Constitución española] de ‘los derechos inviolables que le son inherentes’ (a la persona) a idéntica categoría de fundamento del orden político no es sino la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad” (La dogmática de los derechos humanos, A propósito de la Constitución Española de 1978, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 50).

¹⁰⁷ PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 66, 12 y 66, respectivamente. En línea similar Eusebio FERNÁNDEZ considera a la dignidad humana “como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.” (“La dignidad de la persona”, op. cit., p. 20). Como veremos más adelante, PECESBARBA considera que la dignidad humana es, además, fuente del valor solidaridad.

Para su modelo, tanto el Estado de Derecho, como la democracia y los derechos fundamentales, además de sustentarse en la dignidad del ser humano, deben orientarse siempre hacia su realización más plena. Esto significa que los diferentes ámbitos de la vida social (culturales, económicos, políticos, jurídicos) deben estructurarse de tal modo que no sólo se eliminen los obstáculos que impiden su desarrollo, sino que se contribuya a que pueda desarrollarse integralmente. Sólo así podremos estar ante una sociedad bien ordenada: libre, abierta, plural y democrática, que responda a los parámetros que este modelo teórico persigue.

Precisamente por ello, en el modelo de Peces Barba la dignidad “es más un prius que un contenido de la ética pública”¹⁰⁸, en el sentido de tener una existencia anterior y que condiciona a esta última; por eso aparece racionalmente ubicada como el fundamento y fin último de la ética pública, la que inspira, orienta y delimita su contenido. Lo mismo ocurre en los ámbitos político y jurídico. Una consecuencia teórica coherente con los presupuestos y objetivos que el modelo persigue: Si se quiere construir una moral, un poder y un Derecho orientados al servicio y la realización de la dignidad humana como ocurre con el modelo que aquí se analiza; la dignidad puede ser ubicada racionalmente como su fundamento último, la razón de ser de todos ellos, la que explica e inspira sus fines y a cuyo servicio están siempre orientados. Ello refuerza y alienta su vocación de ser incorporada al ordenamiento jurídico, especialmente a su fuente de mayor jerarquía.

Cuando esto último ocurre, la dignidad, además de ser el principal referente del pensamiento moral, político y jurídico, el prius de la ética pública

¹⁰⁸ PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 67,

o el fundamento último del poder y del Derecho, es también el valor supremo del ordenamiento jurídico, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía.

Tras reconocer la eminente dignidad del ser humano, corresponde inquirir sobre su contenido, sobre las exigencias que se derivan de ella, a fin de determinar cómo debe edificarse la moral, la política y el Derecho, cómo debe organizarse la vida social para realizarla y no vulnerarla. Resulta importante distinguir, para tal efecto, el tipo de discurso que debe ser empleado. Si se utiliza un discurso descriptivo, la dignidad aparece como una cualidad de la persona derivada de una serie de características que le son propias (capacidad de razonar, de sentir, de crear cultura, etc.). En ese caso estaremos ante una cualidad fáctica de la persona que, por carecer de rasgos normativos, no podría dar origen a preceptos morales, políticos o jurídicos destinados a realizarla (sin perjuicio de servir para conocer todo lo que el ser humano es o puede llegar a ser, para justificar su calidad de persona y la eminente dignidad que le corresponde).

En cambio, si se utiliza un discurso prescriptivo, la dignidad aparece como un deber ser, como un proyecto que día a día debe realizarse y conquistarse. En este último caso, la dignidad se presenta con rasgos normativos que permiten estipular, a partir de ella y con mediación de la razón, los preceptos necesarios para desarrollar toda su virtualidad. Llegados a este punto, es posible construir ya un ordenamiento moral, político y jurídico fundado e inspirado en la dignidad de la persona. Así lo entiende también PECES BARBA: “Al llegar a este punto ya no estamos describiendo una realidad sino un deber ser”; “un proyecto que necesita una normatividad, pero donde ésta no deriva necesariamente de los rasgos naturales que lo integran,

sino que necesita de una deliberación racional para especificar esa normatividad.”¹⁰⁹

Ronald Dworkin intenta dar una respuesta partiendo de un concepto de dignidad en su sentido inverso, es decir, referido a la prohibición de tratar indignamente a las personas. La define como el derecho: “que las personas tienen [...] a no sufrir la indignidad, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entienda como una muestra de carencia de respeto.”¹¹⁰ Y agrega: “cualquier sociedad civilizada tiene estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad, y que difieren de lugar a lugar y de época en época.”¹¹¹ Se trata de una respuesta que requiere ser matizada y completada. En primer lugar, porque vincular la idea de dignidad a las convenciones y estándares de cada cultura relativiza en demasía los preceptos de la dignidad humana. Es necesario exponer unas exigencias básicas, imprescindibles, universales o universalizables que sean el contenido mínimo a ser respetado para que la dignidad tenga virtualidad. Eusebio FERNÁNDEZ propone el respeto por la vida, así como la integridad física y moral, como el mínimo inalterable e irrenunciable¹¹². Sin ellas las demás exigencias no tendrían sentido. No obstante, si bien son exigencias esenciales, resultan insuficientes para configurar, incluso, un contenido mínimo de dignidad humana.

De nada serviría que esas exigencias sean respetadas si no se cumplieran con determinadas prestaciones para que la persona no sea reducida a un objeto, para que pueda ver satisfechas necesidades básicas,

¹⁰⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 67, la primera cita; y 50, la segunda

¹¹⁰ El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, op. cit., p. 305.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Vid su trabajo: “La dignidad de la persona”, op. cit., pp. 26-27.

elementales, para su subsistencia (verbigracia: vivienda, alimentación, sanidad y trabajo) y para que pueda desarrollar niveles aceptables de su humanidad (la educación es un ejemplo de ello). Ésa es la segunda razón por la que debe completarse la propuesta de Dworkin. Los preceptos de la dignidad humana no sólo deben estar referidos a la defensa de la persona o a la prohibición de un trato indigno, sino también a su promoción mediante prestaciones de dar o de hacer, a fin de satisfacer necesidades básicas y coadyuvar a su pleno desarrollo. Sin esos preceptos, o mejor aún, sin el cumplimiento de esas exigencias, el ser humano tendría serias dificultades para alcanzar el nivel de humanidad mínimo para vivir realmente como persona.

Peces Barba añade más respuestas. Al concebir a la dignidad como un punto de partida y un punto de llegada, las exigencias que racionalmente deriva de ella no agotan todo lo que su contenido encierra. Es una consecuencia lógica con la complejidad de la naturaleza humana y la razón situada en la historia que utiliza como herramienta metodológica. Algunas de ellas son las siguientes:

1º. La dignidad implica que todos y cada uno de los seres humanos tienen algo intrínsecamente valioso que no puede entrar en el campo de lo negociable, de lo disponible, sea por parte del poder, de terceras personas o del propio interesado. Indica la existencia en todos y cada uno de los seres humanos de un ámbito inviolable que limita el discurso moral, político y jurídico, así como las conductas y decisiones que se adopten en esos órdenes. Incluye la imposibilidad de que pueda ser objeto de intercambio por algo o por alguien, pues al ser cada ser humano único, valioso, digno, carece de equivalente:

“Esa es la razón por la que los seres humanos no somos una mercancía a la que se le asigna un precio, pues la mera asignación de un precio implica que

puede ser sustituido por algo de equivalente valor.”¹¹³ Es también la posición de PECES BARBA:

“Es [...] muy certera la consecuencia que saca Kant de la noción de dignidad, es decir, nuestro valor, que impide que seamos objeto de cambio, que podamos ser utilizados como medio y que tengamos precio. La consecuencia de la dignidad es que somos seres de fines sin precio y fuera del comercio de los hombres.”¹¹⁴

Ir en contra de ese límite sea de manera actual o potencial haría a dicho discurso, conducta o decisión, una actuación moralmente incorrecta, sin perjuicio de que, además, pueda resultar inconveniente desde el punto de vista político e inválida jurídicamente. Javier Mugüerza ha propuesto, en esa línea, al “límite de la condición humana” como una de las restricciones éticas de todo discurso (el otro sería la propia conciencia de cada ser humano), hasta el punto que: “ninguna decisión colectiva, por mayoritaria que fuese, podría legítimamente atender contra ella sin atender contra la Ética”¹¹⁵. Esto significa que la dignidad del ser humano reclama la humanización del orden moral, político y jurídico, de tal suerte que los preceptos o conductas que correspondan a cada uno de esos órdenes pueden ser enjuiciados y valorados a partir de la condición humana.

2º. Si la persona es un ser que presenta distintas dimensiones que configuran su humanidad, integradas todas ellas en una unidad; si es “un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio”¹¹⁶; entonces, ningún orden moral, político o jurídico puede desconocer, legítimamente, alguna de las dimensiones de la persona.

¹¹³ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, op. cit., pp. 421-422.

¹¹⁴ La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 70-71.

¹¹⁵ Desde la perplejidad –Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo–, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 1990, p. 681.

¹¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 68.

No deben ser irrelevantes su naturaleza biológica, psicológica, su autonomía, racionalidad y espiritualidad, así como las demás dimensiones que integran su humanidad. Hacerlo significaría olvidar su condición de persona, desvirtuar la totalidad de su condición humana, tratarlo como una cosa, como un objeto. Por esa misma razón, porque la persona es un fin en sí mismo, y porque sin ella no puede haber comunidad o Estado, ni ordenamiento moral, político o jurídico, ninguno de estos órdenes pueden establecer legítimamente actos o normas que contravengan su condición. Antes bien, deben orientarse hacia su respeto, protección, garantía y promoción; hacia el desarrollo integral de la persona.

Agustín Basave, en cuanto al orden jurídico se refiere, sostiene:

“La dimensión jurídica del hombre no puede desconocer ni la estructura permanente y general del ser humano elemento nuclear, ni el autoproyecto cambiante en situación histórica. Las leyes ontológicas del ser del hombre no son no podrían ser irrelevantes para el orden jurídico. La esfera cultural-antropológica con sus cambiantes proyectos se refleja en las instituciones sociales. La contemplación jurídica debe tomar como base una imagen ideo-existencial del hombre. El deber-ser comportarse de una manera y no de otra descansa sobre el ser del hombre cuerpo, psique, espíritu. Una antropología integral está en la base de una antropología jurídica. La estructura estratificada del hombre estrato biológico, estrato psíquico, estrato espiritual con su legalidad propia no puede ser desconocida por el Derecho.”¹¹⁷

PECES-BARBA es afín a estas ideas. Lo apreciamos en diversos momentos de su pensamiento; por ejemplo, cuando al referirse a las diversas dimensiones de la condición humana considera que “también el Derecho debe tener en cuenta esta compleja realidad del hombre. Sus mandatos tendrán que ajustarse a esa realidad, por otra parte en continua evolución”¹¹⁸; cuando defiende que “el centro y el punto de partida de todo desarrollo humano tiene

¹¹⁷ “Hacia una antropología jurídica integral –La dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho–”, op. cit., p. 241.

¹¹⁸ Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 60.

que ser el hombre libre, participante en el proceso de desarrollo”¹¹⁹, pues “un desarrollo puramente material, sin esa participación, puede aumentar los desequilibrios y las servidumbres, puede no ser liberador”¹²⁰; y cuando al reflexionar sobre la “organización económica, social y cultural” concluye que ésta “tiene que estar al servicio de la persona, lo mismo que la estructura jurídico política”, para lograr una sociedad bien ordenada¹²¹.

Estamos ante unas exigencias que conectan la idea de dignidad con la proscripción de la arbitrariedad; así como con la idea de límites al poder, tanto en su expresión negativa (como obligaciones de no hacer) como en su expresión positiva (como demandas de dar o de hacer), para asegurar la virtualidad y realización de la condición humana¹²².

3º. Si cada persona es un fin en sí mismo; entonces, debe reconocérsele su condición de titular de una serie de derechos que deben ser igualmente respetados, protegidos, garantizados y promovidos porque ésa es la única manera de no tratar a la persona como objeto ni como simple medio¹²³.

¹¹⁹ “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., p. 82.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Derechos Fundamentales, I. Teoría General, op. cit., p. 231 las dos últimas citas.

¹²² Sobre este doble significado de la idea de límites al poder, vid: DE ASÍS, Rafael. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 69 y siguientes.

¹²³ En esa línea se pronuncia Ernst TUGENDHAT, para quien: “en la medida en que [las personas] se reconocen mutuamente se constituyen como fines en sí; y reconocer a alguien como fin en sí, como portador de un valor absoluto, significa no tratarlo como a un valor instrumental, y esto supone imponerse el precepto de no instrumentalizarle. Y prosiguiendo la explicitación cabría decir que esto significa reconocerle como un sujeto de derechos. Por lo tanto, habría que entender el reconocerse mutuamente como otorgación recíproca de derechos” (“La indefensión de los filósofos ante el desafío moral de nuestro tiempo”, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, traducción de Concha Roldán Panadero, N° 3, abril 1991, Madrid, p. 115).

Derechos que deben poseer características especiales a fin de reflejar el eminente valor que le corresponde: su humanidad, inviolabilidad, su dignidad, en definitiva. Se trata, muy especialmente, de los llamados derechos humanos o fundamentales, que deben ser igualmente disfrutados por todos los seres humanos, a fin de que no se trate a algunos como simples medios en beneficio de otros. Es la idea básica de toda teoría y lucha por este tipo de derechos: que el ser humano no sea tratado como cosa, como objeto, sino siempre como sujeto. La concepción de persona y la idea de dignidad conducen así al atributo de la personalidad: confieren a cada ser humano un status como titular de derechos y obligaciones.

Es el presupuesto epistemológico necesario para poder hablar de derechos humanos o fundamentales. Se habla así de la aspiración del ser humano a ser reconocido por todos como persona, como titular de derechos y obligaciones.

En palabras de PECES BARBA:

“Se puede, desde ese punto de vista, reconocer que existe un derecho radical, entre los fundamentales, del que de alguna manera dependen o traen causa los demás. Se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y obligaciones. Sin ese derecho reconocido quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin punto de apoyo.”¹²⁴

¹²⁴ Derechos Fundamentales, I. Teoría General, (1973), op. cit., pp. 121-122. Inmediatamente continúa: “Con razón dirá Legaz que ‘hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana...’ Si el poder no reconoce ese elemental y básico derecho, su ordenación de la sociedad no será una ordenación jurídica. No estaremos ante el Derecho, sino ante la fuerza desnuda.” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid. La cita a Luis LEGAZ LACAMBRA corresponde a su obra: “La noción jurídica de la persona humana y de los derechos del hombre”, en: Revista de Estudios Políticos, Volumen XXXV, Año XI, Nº 55, 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 44). Elías DÍAZ criticó esta posición por ver en ella residuos iusnaturalistas. Puso de manifiesto que, si se siguiera esa hipótesis, habría que concluir que sólo sería Derecho el sistema de normas coactivas que reconociese ese “elemental y básico derecho”. El problema estaría en resolver: “¿Quién dice si existe o no dicho

4º. Frente a los intereses de la comunidad y del Estado siempre se puede oponer el simple y universal hecho de que cada ser humano es persona, por lo que no todo puede ser resuelto en términos del interés general o de la conveniencia política. Por el contrario, siempre deben considerarse los

reconocimiento del hombre como persona?”, acaso “¿no aplican los jueces –y todos los demás actores jurídicos– esas normas, aunque el discrepante diga y rediga que estas normas no son Derecho porque no reconocen ese derecho humano fundamental?”, en todo caso: “¿cómo habrá que entender esa dignidad de la persona humana, cuáles serán sus exigencias y contenido concreto?” Se producirían distintas respuestas en función de la valoración de cada quien, con lo que se incrementaría la inseguridad jurídica (“Crítica al libro de Gregorio Peces-Barba: Derechos fundamentales. I: Teoría general, Guadiana, Madrid, 1973”, en: Sistema, Revista de Ciencias Sociales, Nº 7, octubre de 1974, Madrid, p. 156). PECES-BARBA respondió a esta crítica indicando que los residuos iusnaturalistas que se ven en su posición posiblemente se deban a una defectuosa expresión de su parte y al hecho de haber apoyado su afirmación en un texto de LEGAZ LACAMBRA, que quizás no tenga el mismo sentido que intentó introducir.

Lo que quiso decir –precisa– es que “el Derecho parte de la organización de la vida del hombre”, “que el hombre es el sujeto significativo del Derecho [...] la apoyatura de todo el sistema jurídico y también de los derechos fundamentales”; por lo que –en ese sentido– ser reconocido como persona, como titular de derechos y obligaciones con una eminente dignidad, “es el primer derecho fundamental”. Tal afirmación agrega “no tiene una connotación iusnaturalista”; aunque acepta que: “quizás la expresión haya sido defectuosa o quizás realmente haya unos residuos idealistas subconscientes en ese planteamiento que convenga reelaborar.” (“Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, en: Libertad, Poder, Socialismo, –Civitas Monografías–, Civitas, Madrid, 1978, pp. 201 y 201-202, nota a pie de página Nº 10. Este artículo fue elaborado como contribución al Libro-homenaje al profesor Corts Grau, Universidad Literaria de Valencia, 1977. Aquí se cita el artículo tal como apareció en Libertad, Poder, Socialismo).

Años después, en la cuarta edición de su libro Derechos Fundamentales (1983-1986), PECES-BARBA insiste en este planteamiento reproduciéndolo en su integridad, aunque expresando con mayor claridad el sentido de su postura: “La anterior afirmación no expresa una posición iusnaturalista, como ha afirmado el profesor Elías Díaz. Se trata de una constatación formal. De la propia estructura del Derecho deriva la necesidad de que sean reconocidos los hombres como sujetos jurídicos, aunque históricamente grupos de

hombres, como los esclavos, no hayan sido reconocidos como tales y seres no personas hayan sido también considerados como sujetos del Derecho en otras etapas anteriores de la historia. Todo el edificio de la teoría del Derecho se derrumbaría, estaríamos ante otra realidad, si se pudiese hablar de un Derecho sin sujeto. Por eso es para nosotros una condición de la estructura del Derecho, aunque para Legaz pueda tener una connotación iusnaturalista.” (Ibid., p. 92).

preceptos morales orientados hacia el bienestar del ser humano. Como dice Rinaldo Bertolino: “Antes que el Derecho aparece la persona en su estatuto ontológico como ser moral; como ‘valor suprapositivo’, la dignidad del hombre limita el orden del Estado. Cualidad intrínseca de la condición humana, poseída por el simple hecho de ser hombre”¹²⁵. Esto no significa caer en egoísmos o individualismos que olviden la importancia de la comunidad, ni el cuidado del resto de la naturaleza; pero sí poner de manifiesto que toda la vida social debe estar fundada y organizada a favor del desarrollo integral de la persona.

5º. Además de servir como límite, la dignidad es medida de una sociedad bien ordenada: No sólo establece restricciones para un orden moral, político y jurídico; sino también una serie de prestaciones que se deben cumplir en beneficio de la condición humana. Como ya se adelantó, no basta con que no se afecte u obstaculice, de manera ilegítima, la vida de las personas. Si se parte de reconocer que la persona es el fundamento y fin supremo de la sociedad y del Estado, y se afirma que la comunidad no sólo debe preocuparse de su desarrollo colectivo, sino también ser un medio de realización integral para cada individuo; entonces, la sociedad y el Estado no sólo deben contribuir a alcanzar ese propósito mediante comportamientos negativos de no hacer sino también mediante comportamientos positivos dirigidos a coadyuvar a que la persona alcance los máximos niveles posibles de desarrollo en todas las esferas de su humanidad.

Siendo coherentes con esta concepción, los preceptos que se derivan racionalmente de la dignidad del ser humano no sólo deben estar referidos a

¹²⁵ “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”, en: Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, traducción de Andrea Greppi, N° 7, Año IV, enero de 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 136.

la defensa de la persona o a las que prohíben un trato indigno, sino también a aquellos que demandan su promoción mediante prestaciones de dar o de hacer, a fin de satisfacer necesidades básicas y coadyuvar a su pleno desarrollo. De no ser así, es posible que el ser humano ni siquiera pueda alcanzar, con su solo esfuerzo, los niveles mínimos de humanización para vivir realmente como persona; en cuyo caso el reconocimiento de su eminente dignidad no sería más que un buen deseo, a lo más un acto de justicia sin fuerza real alguna. Se trata de una consecuencia propia de un antropocentrismo exigente, con el que se puede reconocer entre otras pretensiones o prescripciones— la calidad de derechos fundamentales de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Es también la posición de PECES BARBA:

“Los socialistas y los liberales progresistas, de Louis Blanc en adelante, pensaron que no bastaban derechos que unificaban y que integraban a todos en su reconocimiento jurídico formal, sino que eran necesarios derechos que ayudasen a salir de la miseria y de la ignorancia, para que pudieran quienes estuvieran en esa situación desarrollar sus facultades. Como reconoce Bobbio los derechos no están sólo para protegerse de los maleficios del poder, sino para obtener beneficios del poder. Eso exigía la intervención de los poderes públicos para promocionar. Ya no se trataba sólo de garantizar o proteger, ni de abrir cauces para participar, era necesario impulsar con acciones positivas. Por eso la universalidad vista desde los derechos sociales [...] es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada.”¹²⁶

6º. Como fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho, la dignidad humana sirve como criterio para evaluar la corrección, legitimidad y justicia en esos órdenes, para orientar y delimitar la producción, interpretación y aplicación de sus preceptos y actuaciones. Cuando es incorporada al ordenamiento jurídico, especialmente a su norma de mayor jerarquía, sirve

¹²⁶ “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, op. cit., p. 32.

además como criterio de validez de las normas jurídicas, a fin de que ninguna de ellas sea contraria a la persona sino, por el contrario, favorezca su realización más plena. Así, refiriéndose al caso español, Pedro Serna explica que, el artículo 10.1 de la Constitución, al atribuir a la dignidad “unos derechos inviolables que le son inherentes” y calificarla como el “fundamento del orden político y de la paz social”, no sólo funda con ella los derechos sino también el completo orden jurídico:

“Aparece por tanto como criterio hermenéutico que limita, en cuanto a su validez, posibles interpretaciones de otros principios de la Constitución que pudiesen tener efectos contrarios al respeto a la persona, como sería por ejemplo, una concepción del principio de soberanía que condujese a considerar, en clave puramente formalista, el principio de legitimidad democrática que consagra la Carta magna.”¹²⁷

En el caso de los derechos fundamentales, por ejemplo, la dignidad sirve como referente para guiar su desarrollo normativo y delimitar tanto su contenido como su ejercicio. Sirve para establecer qué exigencias pueden formar parte del contenido de esos derechos por ser favorables al desarrollo integral de la persona, y qué exigencias no pueden serlo por deshumanizarla o ser contrarias a la dignidad que le corresponde. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que:

“La regla del artículo 10.1 CE que atribuye a la dignidad de la persona unos derechos inviolables que le son inherentes’, así como el carácter de ‘fundamento del orden político y de la paz social’, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se

¹²⁷ “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, en: Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 4, Año II, enero-junio de 1995, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 297.

impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [...]"¹²⁸.

Por esa misma razón, la dignidad sirve como criterio para determinar cómo se deben ejercer los derechos para ser compatibles con ella y qué actuaciones no pueden ser protegidas por el ámbito de validez del derecho por resultar un comportamiento indigno.

Además, sirve como criterio para determinar lo que puede ser considerado como derecho fundamental o perteneciente a tal tipo de derechos. No deberá serlo aquella pretensión que deshumanice al ser humano, que vaya en contra de alguna de sus dimensiones o que afecte su inviolabilidad; por el contrario, demandará tener tal carácter aquella pretensión cuya satisfacción contribuya a su desarrollo, al respeto, protección, garantía y promoción de su dignidad. Es también la postura de Robert Spaemann, para quien "el concepto mismo de dignidad humana es como el de libertad un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general."¹²⁹

En lo que a la libertad de elección y la autonomía moral se refiere, no debe olvidarse que la libertad de elección debe estar orientada siempre a la autonomía moral, es decir, a la plena realización de todas las dimensiones del ser humano, si es que pretende ser una elección coherente con la eminente condición de la persona. Por lo tanto, ni la libertad de elección por su

¹²⁸ STC 57/94, de 28 de febrero, fundamento jurídico 3, publicado en el BJC 155 (1994), p. 227.

¹²⁹ "Sobre el concepto de dignidad humana", en: Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, traducción de Daniel Innerarity, Nº 19, 1988, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 15.

orientación ni la autonomía moral por definición pueden ser contrarias a la dignidad misma. Ni una ni otra deben dar lugar a decisiones que menoscaben alguna de las dimensiones del ser humano sea del propio individuo que toma la decisión o de los demás—, porque eso significaría actuar en contra de la condición humana. Significaría tratar a la persona no como fin, sino como un objeto, como un simple medio. En ese caso, estaríamos ante un comportamiento inmoral por indigno, sin perjuicio de que además resulte inconveniente desde el punto de vista político e inválido desde el enfoque jurídico. Lo explican T. Melendo y L. Millán Puelles:

“La dignidad humana va mucho más allá del simple arbitrio, entendido como mera capacidad de optar [...] la innegable excelencia del sujeto humano se infiere sin posibilidad de equívocos de su intrínseco poder de autodeterminación sólo cuando éste se advierte con perspicacia en la totalidad de sus dimensiones constitutivas. O, con palabras más concretas: la libertad es signo privilegiado de la grandeza humana no solo porque gracias a ella el hombre puede conducirse por sí mismo, sino también y de manera indisoluble, porque por sí mismo puede encaminarse hacia el propio bien o plenitud terminales”¹³⁰.

¹³⁰ Dignidad: ¿una palabra vacía?, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 61-62.

Es también la posición de Tomás PRIETO, al señalar que: “Parto, pues, de que considerar que este derecho de opción vaya a suponer una completa e incondicionada libertad de la persona para autodeterminarse, con vistas a su desarrollo, según lo quiera entender cada cual, sin límite alguno, no sólo implicaría proscribir cualquier consideración de la dignidad como valor absoluto de contenido suficientemente objetivo —con lo que la precisión de su contenido es remitida a la conciencia de cada uno, sino que también supondría otorgar una relevancia aquí sí absoluta al consentimiento de la persona (sujeto pasivo o ‘víctima’, o incluso sujeto activo) para considerar o no como indigno un comportamiento dado de modo que, aunque razonablemente sea considerado como inicuo, pueda no serlo en la medida que el sujeto que lo padece lo consienta—. A mi juicio, esta identificación entre dignidad y pura autonomía, que desliga a aquélla de parámetros racionales-naturales, equivale, en el fondo, a convertir la dignidad humana en una ‘palabra vacía’ [...] y representa una amenaza para el hombre, absolutamente manifiesta en la civilización moderna, tan proclive a vaciar aquella dignidad en la medida en que la remite al dictamen de cada cual.” (La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas, —Monografías—, Civitas, Madrid, 2005, pp. 203-204).

7º. Para favorecer la plena realización de la persona, la moral, la política, el Derecho, y en general todo ámbito de la vida social, deben estructurarse de tal forma que hagan posible que cada persona esté en condiciones de realizar todas las dimensiones de su humanidad; en especial que: “pueda decidir libremente, pueda pensar y expresarse libremente, pueda crear y desarrollar su imaginación libremente, pueda comunicarse y dialogar libremente, y pueda vivir en sociedad libremente”¹³¹.

También que pueda construir su propio plan de vida, su proyecto de salvación, de felicidad, de virtud, etc., sin interferencias ni presiones ilegítimas de ningún tipo. Para Peces Barba, la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad son los valores, derivados racionalmente de la dignidad humana, que permiten organizar a esos efectos los diversos ámbitos de la vida social. Los completan, con similar propósito, los derechos fundamentales y los demás principios derivados de aquéllos. Con ese conjunto propugna un modelo de organización social donde la arbitrariedad se encuentre proscrita, el poder sometido al Derecho, las instituciones organizadas democráticamente y el ordenamiento jurídico dotado de un contenido de justicia suficiente para realizar integralmente a la persona. Se trata de un gran empeño de racionalización que busca contribuir a que el ser humano pueda desarrollarse plenamente con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás. Una forma de convivencia social donde la democracia y el Estado de Derecho, se presentan, junto con los derechos fundamentales, como las formas de organización jurídico-políticas más acordes con la dignidad humana, con los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen para construir y fortalecer una sociedad bien ordenada.

¹³¹ PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., pp. 72-73.

“Desde el punto de vista institucional, la dignidad humana, que es igual para todos, se ve favorecida por la existencia de un poder legítimo en su origen, es decir, a partir del consentimiento de los ciudadanos a través del sufragio y de otras formas de participación, legítimo en su ejercicio, es decir, limitado, sometido al Derecho, separado en sus funciones y abierto a la cooperación, a la solución pacífica de los conflictos en el ámbito internacional y a la creación de las instituciones supranacionales. La vocación de ese poder debe ser también contribuir a la igualdad real y efectiva que satisfaga las necesidades de aquellas [personas] que no puedan satisfacerlas por sí mismas. [...].

Estamos con estos planteamientos que relacionan a la dignidad humana con los fines y contenidos de la ética pública de la modernidad ante un gran esfuerzo de construcción, que sitúa a la dignidad humana como fundamento del deber ser, raíz del deber ser de la norma básica material que son los cuatro grandes valores de la ética pública política que se convierten en valores de la ética pública jurídica; libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y como derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos, y que tienen como objetivo la realización de dimensiones del individuo que no se pueden realizar aisladamente.”¹³²

6. La dignidad humana como un valor filosófico ético jurídico

La dignidad de arthropos de Aristóteles

La noción de dignidad tiene una larga historia en el pensamiento Occidental. Los filósofos griegos se refieren ya a la dignidad del hombre (anthropos) y la fundamentan a partir de la idea del alma racional. Según el punto de vista de Platón y, posteriormente, de su discípulo Aristóteles, el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho

¹³² PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 77-78.

de tener alma racional. También en el pensamiento judío, el ser humano se alza por encima de todas las criaturas, por el hecho de ser imagen y semejanza de Dios.

Según, Aristóteles, todo ser capaz de automovimiento, de moverse por sí mismo, es un ser dotado de alma (psique), el alma es el principio vital y, en cuanto tal, no es patrimonio exclusivo de la condición humana, sino que todo ser vivo está dotado de él. En ese sentido, Aristóteles distingue tres tipos de alma: vegetativa, irracional y racional.

El ser humano, el *anthropos* está dotado del alma racional y le faculta para pensar, razonar, elaborar la ciencia y la filosofía. El ser humano, por lo tanto, comparte con las otras entidades vivas del cosmos el hecho de tener alma, pero su alma tiene un rasgo de excelencia que le sitúa en un plano jerárquicamente superior respecto a los otros seres y le hace más digno de consideración y de respeto.¹³³

Con los estoicos se da un paso muy importante en la extensión del concepto de dignidad a todo ser humano, por estar dotado de racionalidad y, por ello, ser capaz de penetrar en el orden cósmico y lograr el dominio de sí mismo. Los dos conceptos de precio y de valor que se hallan en la filosofía estoica. En ella se distingue el *axion akhonta*, que es lo que tiene valor, del conjunto de los bienes, *agatha*, que Séneca traduce como la que

¹³³ Jürgen, Simon. "La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética". *Revista de derecho y genoma humano* 13 (2000): 27. Como señala atinadamente el profesor Javier Elizari, para Aristóteles existen niveles de excelencia: el de la naturaleza, según el cual unos individuos poseen más talentos o méritos que otros, y el de la ciudadanía, por el que los ciudadanos griegos tienen entre sí igual dignidad, no atribuida a los demás. En la filosofía de la antigüedad –dice Jürgen Simon– el concepto de dignidad tenía un doble significado. Por una parte, la dignidad era dentro de la sociedad el distintivo de la posición social, en virtud de la cual unos individuos poseían más dignidad que otros. Por otro lado, la dignidad era la distinción de cada ser humano con respecto a las criaturas no humanas.

tiene dignidad. Antes de la emergencia del cristianismo, desde la filosofía estoica se consideraba que todo ser humano es un bien cuyo valor no puede cifrarse porque no tiene precio. Este reconocimiento universal del valor, de la dignidad de todo ser humano, se manifiesta políticamente en la crítica de los estoicos a cualquier forma de esclavitud.

Desde la perspectiva platónica, aristotélica y estoica, la razón de la dignidad o de la excelencia humana se entiende a partir del hecho de que el ser humano está dotado de un alma racional. Esta forma de argumentar que, a lo largo de la historia de Occidente, se detecta en muchos autores y corrientes de pensamiento presupone dos tesis latentes que pretenden colocar en evidencia la tesis de la existencia del alma.¹³⁴

6.1. Dignidad del Homo Santo Tomas de Aquino

La comprensión de la persona como centro de los valores morales pertenece a la cosmovisión bíblica y a la tradición teológica. Como ejemplo, basta recordar aquí la doctrina formulada en la Summa contra los gentiles: “Las criaturas racionales son gobernadas por ellas, y las demás para ellas”. En este capítulo, Santo Tomás hace las siguientes afirmaciones de tipo axiológico:

¹³⁴La idea de dignidad en el universo griego se sostiene sobre estas dos tesis, que si no resisten las críticas que han sido formuladas en el último tramo del siglo XX, difícilmente pueden mantenerse intelectualmente. En la comprensión aristotélica del ser humano, el hombre es un animal capaz de pensar, porque tiene alma racional, y capaz de vivir en la polis, porque es, por naturaleza, un ser social que se abre constitutivamente a los otros y crea razones suficientes para sostener una jerarquía ontológica en el orden del ser o, por otro lado, ya no hay argumentos de peso para defender una asimetría ontológica, ética y jurídica entre el ser humano y el resto de los animales.

“Dios ha dispuesto las criaturas racionales como para atenderlas por ellas mismas, y las demás como ordenadas a ellas”.

Esta doctrina de Santo Tomás, que pone a la persona como el centro del universo y como lugar de los valores morales, es la concreción del significado que encierra la comprensión del hombre como ser personal cuando es utilizada como categoría moral para asumir la dimensión ética de la persona. No se puede ocultar en la obra de Santo Tomás de Aquino una gran sensibilidad hacia la dignidad humana, fundada en la condición de imagen de Dios, expresada en el principio interior de la acción responsable y culminada mediante la consecución del fin último. La comprensión teológica del hombre es al mismo tiempo el punto de arranque, el contenido y la meta de la reflexión tomista sobre la dimensión moral de la existencia humana. Con sensibilidad bíblica y con fidelidad a la tradición patristica, el Aquinate enraíza la teología moral en el hombre entendido en la categoría bíblico-teológica de “imagen de Dios”¹³⁵

6.2. La dignidad como fin en sí mismo Emmanuel Kant

La filosofía moral de Emmanuel Kant (1724-1804) constituye, indiscutiblemente, un hito en la reflexión ética sobre la noción de dignidad. Desde múltiples perspectivas se le cita y se le invoca para defender la idea de dignidad, aunque no siempre desde la orientación filosófica que el filósofo de

¹³⁵ 25 La doctrina antropológica fundada en la revelación histórica de Dios no niega la doctrina filosófica, sino que, siguiendo la tesis de Santo Tomás, la perfecciona y la lleva a su máxima plenitud. Desde este punto de vista, Santo Tomás de Aquino afirma que la dignidad del ser humano, de todo ser humano, no es algo que sólo se pueda deducir racionalmente, sino que está plenamente conforme con los contenidos de la fe.

Königsberg quiso conferir a esta expresión. Kant reconoce, para empezar, que la noción común de dignidad se refiere al estatus honorable que otro le reconoce y que impone ciertas actitudes y comportamientos adecuados hacia las personas que gozan de este estado. En las sociedades europeas aristocráticas y socialmente estratificadas, la dignidad era habitualmente reconocida a los individuos en virtud de la función pública que desarrollaban, por causa de su pertenencia a la nobleza o su rango eclesiástico. Kant sostiene que cada ser humano está dotado de dignidad en virtud de su naturaleza racional¹³⁶. A pesar de que Kant no es el primero en formular esta idea.

El autor de la *Crítica de la razón pura* (1781) la sitúa en el corazón de su teoría política y moral, defiende su carácter racional e independiente del poder religioso y contribuye a hacer respetar la noción de dignidad. Kant elabora esta concepción de dignidad inspirándose en muchas fuentes, entre las que deben destacarse el pensamiento estoico, el cristiano y la obra de Jean Jacques Rousseau. Independientemente de los factores externos, el hombre puede y siempre debe llevar una vida digna y de dominio de sí mismo, una vida digna en su situación de ser humano viviente en un universo natural. La dignidad es un ideal y no algo dado, pero es un ideal que trasciende las distinciones sociales convencionales.

La doctrina kantiana de la dignidad se inscribe dentro de la tradición cristiana que atribuye a cada ser humano un valor primordial, independientemente de sus méritos individuales y de su posición social; pero Kant trata de fundamentar esta idea de forma que no tenga ya presupuesto

¹³⁶ 26 Kant, Emmanuel. *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*. II Ak Iv 434-435, 1985.

teológico. Kant sostiene que la fe religiosa debe basarse en el conocimiento moral y no a la inversa.¹³⁷

“Si suponemos dice Kant que hay algo cuya existencia en sí misma posee un valor absoluto, algo que como fin en sí mismo puede ser fundamento de determinadas leyes, entonces, en ello y solo en ello se establece el fundamento de un posible imperativo categórico, es decir, de una ley práctica. Ahora, yo digo, que el hombre y, en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo y no solo como medio para cualesquiera uso de esta o de aquella voluntad... los seres racionales se llaman personas, porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio”¹³⁸28.

Según Kant, el ser humano es insustituible. Tiene un valor interior, porque además de formar parte del mundo sensible, vive en el mundo moral, la dignidad del hombre radica en que él es el maestro de la naturaleza. El hombre es y debe ser tratado siempre como un fin y nunca únicamente como un medio. La ética kantiana descansa sobre esta consideración axiológica del hombre. Para Kant, la bondad moral reside en la actitud coherente con la realidad de la persona. Ahora bien esa actitud se expresa con la categoría fin/medio. En efecto, la segunda fórmula del imperativo categórico suena de este modo: “Obra de tal modo que siempre tomes a la humanidad, tanto en tu persona como la de cualquier otro como fin y nunca como puro medio”.

¹³⁷ 27 En los fundamentos de la metafísica de la costumbre, el filósofo afirma que la dignidad descansa sobre la autonomía. A pesar de que esta afirmación está sujeta a múltiples controversias, implica, como mínimo, que la dignidad supone la presencia de una voluntad legalizadora o de una conciencia. Esto significa que la dignidad exige que uno se pueda considerar a sí mismo como sometido a exigencias morales que sean razonables para todos y que sean sentidas interiormente.

¹³⁸ Kant Immanuel, *Ibid.*, II Ak Iv 434-435, 1985.

El concepto moderno de la dignidad humana está estrechamente unido a Kant, y a su filosofía, según esta la imagen del hombre está caracterizada por la idea de su autonomía moral y de su calidad como sujeto, destacando así la unicidad y la no repetibilidad de cada individuo. La libertad humana se manifiesta en la capacidad de la voluntad de adherirse exclusivamente a la idea de razón pura. Según esta, la autonomía de la voluntad como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de cualquier otra naturaleza racional se basa en la facultad de la voluntad de darse a sí misma las reglas, independientemente de argumentos prescriptivos, empíricos. Kant traslada lo objetivamente correcto a la no contradicción formal de una voluntad subjetiva, apta para ser generalizada. El ser humano es, por su naturaleza, persona y posee un valor absoluto. Esta naturaleza como persona lo diferencia a la vez de los seres sin razón, a quienes, por ser semejantes a objetos, “les corresponde un valor mínimo”.

6.3. Concepto de dignidad de Roberto Andorno.

Roberto Andorno, afirma que la idea de dignidad puede considerarse como uno de los valores troncales de las sociedades pluralistas. Defiende la idea de dignidad como un gran valor adquirido y asumido en nuestro mundo ultramoderno.¹³⁹, “Aun siendo una noción aparentemente vaga y difícil de definir con precisión –dice–, la idea de dignidad constituye uno de los pocos valores comunes de las sociedades pluralistas en que vivimos... En efecto, el principio de la dignidad es comúnmente aceptado como la base de la democracia y su razonabilidad permanece indiscutida en el ámbito jurídico y político.

¹³⁹ Andorno Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998, p. 35.

La mayoría de las personas consideran como dato empírico, que no quiere ser demostrado, que todo individuo es titular de los derechos fundamentales, por su sola pertenencia a la humanidad, sin que ningún requisito adicional sea exigible.

Esta intuición común constituye lo que un autor denomina la “actitud standard”, compartida por personas de las más diversas orientaciones filosóficas, culturales y religiosas”¹⁴⁰.

El juicio de Roberto Andorno es verdadero en algunos aspectos, pero quizás resulte ingenuamente optimista. Es verdad que la expresión dignidad es empleada en contextos y textos jurídicos y políticos, también es cierto que constituye uno de los valores fundantes o principios éticos de la democracia tal y como es concebida en la actualidad.

La indignidad, esto es, lo opuesto a la dignidad, se identifica, según Andorno, con la instrumentalización, la tortura, la privación de libertad, la vulneración mecánica de seres humanos, la crueldad, la guerra, el hambre, la humillación o la vejación. Todos estos hechos de vida son indignos o pueden situarse bajo la expresión de indignidad. Según algunos autores muy calificados, la dignidad no es, en sí misma, un derecho, sino que es una noción prejurídica o metajurídica, aunque sea un concepto muy usado en los textos de naturaleza jurídica. Como dice Noëlle Lenoir, la dignidad es la fuente de todos los derechos,¹⁴¹ por ello, es un concepto prejurídico, en efecto, puede considerarse como el fundamento sobre el que se basan los derechos del ser humano. Cuando afirmamos que el ser humano debe ser tratado dignamente o que es un ser digno de respeto, estamos afirmando que se respetan sus derechos fundamentales.

¹⁴⁰ Andorno Roberto. “La dignidad humana como noción clave en la declaración Unesco sobre el genoma humano”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 14 (2001):41.

¹⁴¹ Noëlle Lenoir, B. Mathieu. *Les normes internationales de la bioethique*. París: PUF, 1998, p. 110.

7. Los cuatro sentidos de la dignidad

En los debates bioéticos y en bioderecho no tienen buen recibo los conceptos de dignidad, porque no se conocen claramente sus alcances; ello tiene como consecuencia la opacidad comunicativa. Aunque se pueden distinguir otras acepciones de dignidad se mencionan las más importantes y las más empleadas por la comunidad a todos los niveles.¹⁴²

7.1. Dignidad desde el punto de vista etimológico

“La palabra proviene del latín dignitas que es una forma abstracta del adjetivo dignus o degnus, de la raíz sánscrita de, como el verbo decet y sus derivados decor, decus, decorosus, decorare; significa decoro que es una cualidad superior, la excelencia.”¹⁴³

De acuerdo con lo anterior se observa que existe una relación intrínseca entre la dignidad ontológica y la existencial. La segunda existe a partir de la primera y está en el orden lógico de la vida humana el cumplir con esta segunda faceta de la dignidad. La dignidad o el sentimiento de ella consisten en el valor y respeto que el individuo reconoce y consagra de sí mismo. Constituye el deber primario y más elemental del hombre consigo mismo y aun sirve de base a todos los demás deberes que el hombre cumple.¹⁴⁴

Desde esta concepción de dignidad, el paso de la dimensión ontológica a la ética o existencial es el resultado de la educación. Ciertos comportamientos afianzan la dignidad y otros la ocultan o la niegan.

¹⁴² 40 Torralba Rosello, Francesc. ¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram, Engelharthart y John Harris. Barcelona: Herder, 2005, p. 84.

¹⁴³ Gomez Pin, V. La dignidad. Barcelona: Paidós, 1995, p. 30

¹⁴⁴ Op. cit. Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano, p. 36.

7.2. Dignidad ontológica

De acuerdo con este punto de vista, se afirma que la dignidad es “una cualidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración.”¹⁴⁵. Kant al respecto afirma “porque el hombre es al mismo tiempo un fin en sí mismo, el fin en sí mismo se llama dignidad, a fin de que el individuo encuentre, dentro de la dignidad las condiciones indispensables para su vida, puesto que el progreso humano consiste precisamente en la declaración y garantía del valor propio del individuo personal, o de la personalidad, que como ya decía Kant, no son medio sino fin en sí mismo”¹⁴⁶; por lo tanto, este imperativo establece que todo ser racional como fin en sí mismo posee un valor no relativo y sí intrínseco, esto es, la dignidad.¹⁴⁷.

Dignidad, libertad y vida tienen, en cuanto formas esenciales, un valor absoluto y confluyen en los derechos fundamentales que les confieren; así la base de legitimación moral son derechos, cuya validez es reconocida por todo ser razonable sin presión exterior. Desde esta perspectiva, dignidad significa, dentro de la variedad y heterogeneidad del ser, la determinada categoría objetiva de un ser que reclama –ante sí y ante los otros– estima, custodia y realización. En último término, se identifica objetivamente con el ser ,

¹⁴⁵ Moliner, María. Diccionario del uso del español. Madrid: Gredos, 1984. Parent Jacquemin, Juan María. “La dignidad del ser humano presupuesto bioético”. Revista de Medicina y Ética, Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética, Vol. XI, No. 1, enero - marzo de 2000, Università del Sacro Cuore, Roma, 2000, p. 26.

¹⁴⁶ Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano, Londres, Jackson. Parent Jacquemin, Juan María. “La Dignidad del ser humano, presupuesto bioético”. Revista Medicina y Ética, Rev. Internacional de Bioética, deontología y Ética Médica, vol. XI, No. 1, enero - marzo de 2000, Università del Sacro Cuore, Roma, 2000, p. 27.

¹⁴⁷ La dignidad pertenece a la categoría de valor que es invariable y es atribuido a las personas o a la humanidad realizada en personas, es un valor incondicional, por su razón ontológica y es incomparable, así, la dignidad es una referencia para la evaluación cuando nuevas situaciones críticas demandan elevar el nivel de los criterios por aplicarse.

entendido este como algo necesariamente dado en su estructura esencial todo lo que el hombre es y necesariamente tiene que ser, ya se trate –cada aspecto en sí considerado– de la esencia (naturaleza) o bien referido a la estructura fundamental del hombre.

La dignidad ontológica, –dice Roberto Andorno– es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos: esta noción nos remite a la idea de incomunicabilidad, de unicidad, de imposibilidad de reducir a este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el sólo hecho de existir¹⁴⁸. En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno y, por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros¹⁴⁹. La dignidad ontológica, pues, se funda en una filosofía del ser, según la cual el ente humano es muy digno de respeto por ser el que sostiene la naturaleza. Esto supone que, para defender correctamente la dignidad ontológica se debe partir de una filosofía del ser y del acceso cognoscitivo al ser de la persona, lo que, ciertamente, plantea algunos problemas en el orden del conocimiento.

7.3. Dignidad ética

La dignidad también es definida desde una dimensión ética o existencial, en tanto que se refiere al actuar del ser; nuestra dignidad está constituida por

¹⁴⁸ Esta noción de dignidad se funda en la idea de que es posible un acceso a la naturaleza metafísica del ser humano,. Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, se debe mostrar de qué modo es posible este acceso,. Al referirse a la dignidad ontológica, uno se refiere directamente al ser de la persona, lo que supone que ese ser, que es considerado como una excelencia. Puede ser conocido, o mínimamente atisbado a través de la razón. La dignidad ontológica radica en la idea de que el ser del ser humano no es la perfección o la excelencia, y que indistintamente de la forma concreta que pueda tener en el marco de las apariencias, en tanto que ser humano, es sumamente digno de respeto y de honor por el ser que le anima y le sostiene.

¹⁴⁹ 47 Andorno, Roberto. Bioética y dignidad de la persona, p. 57.

el actuar ético conforme a la conciencia de un deber que orienta nuestra conducta; desde este punto de vista la dignidad es el resultado de una manera de comportarse éticamente, basada en una demanda intrínseca de nuestra naturaleza. Desde esta perspectiva la dignidad es aquello que se encuentra encima de todo precio o no encuentra nada equivalente, pues la dignidad es definida a partir de un criterio exterior a ella misma, es juzgada y evaluada desde fuera, pero es aceptada como un bien interior.

Ahora bien, el carácter de la dignidad es existencial en el sentido de que es una manifestación: moderación, aporte, que se consideraba que debía expresar de una manera apropiada la posición social superior, en este orden de ideas, la dignidad se concibe como control de sí, correspondiente a un estatus social; por lo tanto, el hombre se hace digno si su conducta está acorde con su ser o con lo que debe de ser de acuerdo a las exigencias de su naturaleza; es decir, dignidad es exteriorizar en toda su circunstancia la condición de ser racional. “La dignidad ética sostiene Roberto Andorno no hace referencia al ser de la persona, sino a su obrar. En este sentido, el hombre se hace él mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es, o mejor, con lo que él debe ser. Esta dignidad es el fruto de una vida conforme al bien, y no es poseída por todos del mismo modo.

Se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad”¹⁵⁰.

Desde esta perspectiva, la dignidad ontológica es la condición de posibilidad de la dignidad ética, pero la segunda requiere, además del ser, de un determinado modo de obrar. Cuando la persona obra conforme a su conciencia, a sus principios valores morales, actúa dignamente, actúa conforme a lo que ya es de por sí un ser digno ontológicamente; pero, en

¹⁵⁰ Andorno, Roberto. Bioética y dignidad de la persona, p. 57.

cambio, cuando actúa contra su propia conciencia, contra sus valores e ideales, actúa indignamente se niega así mismo, oculta su dignidad ontológica, su excelencia como ser humano¹⁵¹.

Mientras que la dignidad en sentido ontológico se define como una dignidad estática, porque no cambia a lo largo del tiempo, la dignidad en sentido ético se transforma y cambia a lo largo del decurso vital. Uno puede hacer obras que le dignifiquen pero también puede ejercer su libre albedrío de modo indigno.

Podemos realizar acciones, decir palabras u omitir actos que nos conviertan en seres moralmente indignos. Esta dignidad, pues, no es intrínseca, sino que depende del juicio moral de uno mismo y también de los otros¹⁵².

De lo discurre aquí, se deduce que la dignidad ética es relativa y que su atribución depende de un juicio moral que siempre se desarrolla, explícita e implícitamente, a partir de unos determinados criterios, la dignidad ontológica en cambio es permanente e inmutable, pues se atribuye al ser del ser humano

¹⁵¹ Según nuestro punto de vista, la dignidad ética se dice del obrar, mientras que la dignidad ontológica se dice del ser. La primera sólo tiene sentido si nos situamos frente a un ser libre que pueda obrar de modos distintos, que pueda tomar decisiones libres y responsables, pues, de otro modo, no tiene sentido afirmar que ha obrado correctamente, ya que no podría haber obrado de otra manera si estaba predeterminado. Esto significa que la dignidad ética se funda, en último término, en un ser que es constitutivamente libre, que puede actuar según su conciencia, pero también, contra la misma. Por ello, pensamos que la dignidad ética se fundamenta en la dignidad ontológica, en la dignidad de un ser que puede obrar libremente.

¹⁵² Estos dos juicios no siempre actúan paralelamente. Uno puede llegar a la conclusión, después de un riguroso autoanálisis, de que no ha actuado correctamente y puede sentirse, en consecuencia, profundamente indigno cuando se contempla así mismo; sin embargo, los otros pueden llegar a una conclusión muy distinta y no ver en él un sujeto indigno moralmente. Pero también puede ocurrir lo contrario, una persona puede haber actuado conforme a su conciencia, puede sentir que es muy digno lo que ha hecho, pero, en cambio el juicio popular en torno a aquello, puede ser muy severo. En este caso esa persona habrá perdido la dignidad moral a juicio de la comunidad que le observa y, sin embargo, él puede tener la clara apreciación de que ha obrado dignamente

y no se adscribe en función de unas valoraciones morales subjetivas y relativas. Se entiende, por lo tanto, que existan distintas nociones e ideas de dignidad ética mientras que la dignidad ontológica sólo se puede decir unívocamente porque depende del ser.

7.4. Dignidad teológica

Desde la perspectiva teológica, la persona en su propio ser y en su propia dignidad reclama un respeto incondicional, independientemente de toda libre valoración y finalidad, es lo absoluto, en una palabra. Esta dignidad personal recibe respecto por su carácter absoluto, una cualidad todavía más elevada por el hecho de que el hombre está llamado a asociarse de inmediato con Dios, que es, sencillamente, el absoluto y el infinito¹⁵³.

Según esa tesis, el ser humano tiene una dignidad que le viene dada por el hecho de ser creado a imagen y semejanza de Dios, por el hecho de establecer con él una alianza de amor y de amistad y de orientarse existencialmente hacia Dios. Desde la antropología teológica, el ser humano procede de Dios, se desarrolla vitalmente sostenido por Dios y se orienta hacia el bien último que es Dios. Dios se convierte en la causa primera y en la causa final de la existencia humana, en el origen y el fin, en el sustento y en la razón de su dignidad¹⁵⁴.

¹⁵³ Torralba Rosello, Francesc. ¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram, Engelharthart y John Harris. Barcelona: Herder, 2005, p. 91.

¹⁵⁴ Esta idea de dignidad se fundamenta en un relato simbólico que puede leerse en las así llamadas religiones del mundo. Esta idea de dignidad guarda algunas concomitancias con la denominada ontología. La dignidad teológica tiene su raíz en Dios y no en el ser humano, pero es una dignidad que, como en el caso de la ontología, se dice de todo ser humano, pues, según el relato del Génesis, todo ser humano es creado a imagen y semejanza de Dios, inclusive aquel que no pueda desarrollar jamás, por causa de su extrema vulnerabilidad constitutiva, la capacidad de pensar, de actuar libremente o de amar generosamente.

El ser humano puede o no vivir conforme a su condición de imagen de Dios, (dignidad ética), pero la dignidad teológica no se pierde nunca porque es algo propio de cada ser humano. No es una dignidad que radica en el ser del ser humano sino en el hecho de ser imagen de Dios.

Esta dignidad tiene una gran relación ontológica, aunque se fundamenta en lo absoluto, mientras que la ontológica se funda en la excelencia del ser. Inclusive en el caso de que se pudiera demostrar que el ser humano no tiene la excelencia que se le atribuye, debería ser tratado dignamente por el hecho de ser imagen y semejanza de Dios¹⁵⁵.

Karl Rahner desarrolla este concepto de dignidad en sus escritos de teología “la dignidad esencial del hombre –dice el eminente teólogo alemán– consiste en que dentro de una comunidad diferenciada, dentro de una historia espacio- temporal, este hombre, conociéndose espiritualmente y orientándose libremente hacia la inmediata comunidad personal con el Dios infinito, puede y debe abrirse al amor, que es comunicación de Dios en Jesucristo”¹⁵⁶.

Desde esta perspectiva, el ser humano está hecho de tal manera que puede establecer una comunidad de amor con el creador. “Esta dignidad – sostiene Rahner puede considerarse como dada de antemano, es decir, como punto de partida y como misión, o como ya realizada. La dignidad dada previamente no puede sencillamente cesar, dejar de existir, como algo a que se reniega y que es causa de juicio y condenación. En cuanto esa esencia proviene de Dios y se dirige a Dios, recibe de él y a él se abre, es de tal naturaleza que la dignidad que lleva consigo es a la vez lo más íntimo de ella

¹⁵⁵ Torralba Rosello, Francesc. ¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram, Engelharthart y John Harris. Barcelona: Herder, 2005, p. 92.

¹⁵⁶ Rahner, Karl. Escritos de Teología II. Madrid: Taurus, 1961-1969, p. 248.

y algo superior a ella; por lo tanto, participa de lo inaccesible, de lo misterioso e inefable de Dios y solo se revela plenamente en un diálogo del hombre con Dios (consiguiente de fe y amor) y, por consiguiente, no se presenta nunca a manera de objeto tangible¹⁵⁷.

La dignidad teológica es, pues, algo dado al ser humano, una dádiva que como gracia, le es otorgada por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios. Pero este reconocimiento que exige la dignidad puede ser puesto entre paréntesis por distintos motivos. El ser humano está llamado a vivir conforme a esta dignidad; a hacerse, mediante sus obras, más digno y próximo a Dios. En este sentido, la libertad plena no es la libertad como libre albedrío, sino la libertad como la liberación (libertas) de todo cuanto amenaza gravemente el reconocimiento de dicha dignidad.

II. Dignidad Humana y Derechos Humanos

Concepto central de la teoría y la práctica de los derechos humanos consiste en el reconocimiento del carácter sagrado o inviolable del ser humano en tanto sujeto moral dotado de razón y destinado a la libertad. La dignidad

¹⁵⁷ Rahner, Karl. *Escritos de Teología II*. Madrid: Taurus, 1961-1969, p. 248. En este juicio valorativo subsiste la idea de que la teología como saber no pertenece al ámbito racional lo que es ciertamente discutible. El hecho de que la teología tenga como objeto fundamental la hermenéutica de la palabra de Dios no significa, ni mucho menos, que carezca de elemento racional, sino todo lo contrario, esta interpretación, que es la teología, sólo es posible desarrollarla desde el logos.

es, al decir del filósofo alemán Ernst Bloch, el “*andar erguido*” pues los humanos no son animales de rebaño sino conciencias en libertad¹⁵⁸.

Tras las experiencias vividas en el corazón de la vieja y civilizada Europa durante la segunda guerra mundial, todo el largo proceso histórico de la lucha por la libertad y la seguridad ha de ser confirmado y renovado en torno a la configuración de un concepto que representa el núcleo todos los derechos humanos: “La Dignidad del Ser Humano”.

La Ley de Bonn (1949), Constitución de la Alemania Occidental, elaborada bajo la supervisión de aliados, dispone en su art.1:

La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

También la constitución italiana (1947), aunque implícitamente, parte de la misma idea basilar, pues contiene todos los elementos textuales para individualizar un núcleo esencial inviolable de los derechos fundamentales directamente asociados a la dignidad humana (art. 3.2 y 2)¹⁵⁹. En efecto, aunque su art.2 sólo se refiere a los derechos inviolables del hombre¹⁶⁰

¹⁵⁸ BLOCH, Ernst. Derecho natural y dignidad humana. Aguilar, Madrid 1980, p. 43

¹⁵⁹ Cervati, A, en A. López Pina, La garantía constitucional..., cit., p.53.

¹⁶⁰ Dispone el art.2 de la constitución italiana lo siguiente: “ La Republica reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo aislado o como miembro de formaciones sociales del hombre, sea como individuo aislado o como miembro de formaciones sociales en las que desenvuelven su personalidad”. Y su art.3.2 (que abiertamente ha influido en el art. 9.2 de la constitución) establece: “es deber de la Republica remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación.

de él por vía de interpretación se han ido extrayendo nuevos derechos (por ejemplo, a la transexualidad) por considerarlos inherentes a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad.

La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes..., son fundamento del orden político y de la paz social), se inserta en esta misma corriente iniciada con la segunda posguerra, a la que se suman todas las Constituciones con que recientemente se han ido incorporando los Estados al mundo democrático (Portugal, Grecia, países hispanoamericanos, Europa del Este). A partir de este núcleo, que se identifica con la dignidad humana, la lucha por los derechos recibe un fuerte impulso que, partiendo de un cambio en la concepción de los mismos, introduce nuevos elementos dirigidos a lograr, no ya su reconocimiento y defensa, sino la «eficacia» real de los mismos e, incluso, a comprometer a los poderes públicos (como después veremos) en políticas de fomento de la «cultura de los derechos».

En efecto, este nuevo impulso comporta un cambio de concepción o la superación de los dos grandes principios del Estado liberal, la libertad y la igualdad. Partiendo de las formulaciones de quienes conocemos como padres del constitucionalismo (principalmente, Locke y Montesquieu), el Estado liberal nace y se consolida con el constitucionalismo escrito, cuyo objeto y finalidad se resumen en el conocido art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos de 1789:

Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes predeterminada, no tiene constitución.

De tal suerte que el núcleo esencial del Estado social y democrático de

Derecho ya no lo son siquiera los derechos del hombre sin más, sino los derechos del hombre tal como tras la Segunda Guerra Mundial se han concebido; esto es, estrechamente ligados al ser humano y a su dignidad: «si la dignidad de la persona es un atributo de todo hombre y son inherentes a ella los derechos inviolables, no es concebible que alguno de estos derechos sólo se reconozcan a los hombres en que concurren determinadas condiciones».¹⁶¹ No hay respeto a la dignidad humana, pues, en el ordenamiento que no disponga la suficiente protección para todos los hombres y para cuantos derechos les sean inherentes o necesarios para el libre y pleno desarrollo de su personalidad. No ha de extrañar por ello, que tras la segunda gran guerra se retome la idea de los derechos sociales con mucha mayor fuerza que en la primera posguerra; ha de garantizarse a todos, también, la «libertad frente a la miseria», según el conocido discurso del presidente Roosevelt sobre las cuatro Libertades.¹⁶²

Nunca será excesiva, pues, la insistencia para dejar bien claro que, desde cualquier enfoque que podamos adoptar, la dignidad de la persona humana está en la raíz de los derechos, lo que permite concluir con Ruiz Jiménez¹⁶³ al comentar el art. 10.1 CE, que no cabe ningún tipo de discriminación dada la igualdad esencial de todos los seres humanos; que esa dignidad no depende de la edad o de la salud mental (no se quiebra por perturbaciones anímicas ni por la comisión de delitos o incursión en el vicio), es de todos.

A partir de esta generalizada convicción puede comprenderse la apuesta que en favor de los derechos humanos se ha hecho desde la Organización de las Naciones Unidas y por las constituyentes democráticas de la segunda

¹⁶¹ González Pérez. *La Dignidad de la Persona*. Madrid, Civitas. 1988, p.30

¹⁶² Un extracto del mismo en G. Gurvitch, *La Dichiarazione dei diritti social*, Milan. (1949)

¹⁶³ Ruiz Giménez, *Derechos fundamentales de la persona*», en *La Constitución española de 1978*, dir. por O. Alzaga, Madrid, Edora, tomo II, pp. 115 y ss.

posguerra mundial a que ya hemos aludido. No es por azar, dirá Jean Bernard Marie¹⁶⁴, que la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 1948) hable de la «fe en la dignidad y el valor de la persona humana» y se proclame como un ideal común a alcanzar.

El tratamiento de las premisas filosóficas, históricas y jurídicas de los derechos humanos permite captar la significación real de estos derechos en el mundo contemporáneo, en virtud de la cual se erigen en exigencias éticas y jurídico normativas para la comunidad internacional y los Estados que la integran, con independencia de las coordenadas geográficas, culturales o religiosas en que se encuentren.

*Los derechos humanos son derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica.*¹⁶⁵ En cambio, en su sentido más estricto, los derechos humanos son esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional.

Son derechos inherentes a la persona porque ésta los posee en su condición de tal, como emanación de la dignidad humana, en virtud de la cual su realización es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizada, en sus aspectos esenciales o constitutivos, en orden a la consecución de un interés colectivo. Pero los derechos que se derivan de la dignidad humana no han sido siempre los mismos ni son inmutables, por cuanto son exigencias éticas objetivas que cristalizan en circunstancias históricas determinadas, frente a riesgos para la dignidad de la persona originados en la acción represiva del Estado, en los avances científicos o técnicos, en el aumento de

¹⁶⁴ J. B. Marie, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁵ Nikken, Pedro, "El concepto de derechos humanos", Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, IIDH, 1994, pp. 27 y ss.

la capacidad destructiva del hombre sobre el planeta, o en otros factores muchas veces concurrentes. De ahí que en la anterior definición tales derechos se vinculen a un determinado estadio de la evolución de la humanidad, subrayando con ello los progresos que tienden a producirse en este ámbito, sin perder de vista la noción objetiva y permanente de la dignidad de la persona, sobre la cual se erigen los derechos humanos.

La distinción entre los dos sentidos antes mencionados del concepto de derechos humanos se pone de manifiesto en el uso que suele darse a tal expresión, pues a veces ésta se reserva al plano internacional donde se acuñó, mientras que a menudo se emplea más ampliamente, para referirse a derechos inherentes a la persona aunque no hayan recibido protección internacional, o para aludir a derechos de esa naturaleza que son objeto de protección jurídica, con prescindencia del carácter constitucional o internacional del instrumento que los consagre.

En el sentido estricto del concepto, la obligación de garantizar los derechos humanos recae sobre el Estado, siendo éste el responsable por las violaciones que los afecten. Bajo estos parámetros, los derechos humanos rigen en la relación de las personas con el poder público. De ahí que se haya sostenido que los derechos humanos "se afirman frente al Estado", lo cual ha sido caracterizado como el efecto vertical de los derechos humanos.¹⁶⁶

Una característica primordial para la comprensión de los derechos humanos es la de su universalidad. Su afirmación no pretende tanto describir una realidad sin fisuras, cuanto subrayar un imperativo ético-jurídico; no se trata de que los derechos humanos rijan efectivamente en todo el mundo, sino de que así debería ser, de acuerdo con exigencias éticas y con tratados y

¹⁶⁶Faúndez, Héctor, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos . San José, IIDH, 2004, pp- 29 y ss.

declaraciones aprobados o promovidos en el marco del sistema de las Naciones Unidas, a los cuales se suman los instrumentos de alcance regional. La universalidad de los derechos humanos es, pues, a la vez que una tendencia en la evolución de los pueblos y de la humanidad, un requerimiento ético-jurídico insoslayable.

Desde el relativismo cultural se ha intentado cuestionarla existencia de derechos que deban ser reconocidos por todas las naciones del planeta, con independencia del contexto cultural, político o religioso en que se desenvuelvan. Sin embargo, desde la perspectiva en que antes nos situamos, los derechos humanos no son una imposición del mundo occidental o del modelo capitalista sobre otros países o culturas, sino una conquista de la humanidad que se deriva de la "dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos). La universalidad de los derechos humanos ha sido corroborada en la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos, de 1993.

En íntima conexión con la característica anterior se encuentra el reconocimiento de los derechos humanos como intrínsecos o inherentes a la persona. Los derechos humanos pueden ser calificados de universales, sin que quepa ver en ello la simple imposición de una cultura sobre otras, precisamente porque se fundamentan en la dignidad de la persona y porque le son inherentes, con prescindencia del contexto político, cultural o religioso en que se desarrolle.

A diferencia de lo que sucedió y en parte aún ocurre en sociedades clasistas o estamentales, tales derechos no se reconocen en virtud de la pertenencia a una clase o casta social, ni de la posición económica o política que se ostente, sino de la condición de persona. Esto no significa que estén

siempre descartadas, en materia de derechos humanos, consideraciones referidas al sujeto que pueda ser titular del derecho, por cuanto algunos de éstos se confieren a grupos o categorías determinadas (minorías étnicas o culturales, pueblos o comunidades indígenas, trabajadores, etc.); tampoco es necesariamente irrelevante la nacionalidad de la persona, como lo demuestran los requisitos válidamente exigidos para el ejercicio de ciertos derechos políticos. En estos supuestos los derechos son inherentes a la persona, pero concebida ésta no de manera enteramente abstracta, sino integrada en una determinada relación social o política.

Los derechos humanos son inalienables, pues nadie puede negociar o enajenar sus derechos esenciales. En algunos casos, se puede comerciar con el objeto al cual se refiere un derecho humano, pero queda fuera del tráfico jurídico el derecho mismo.

Tampoco es válida la renuncia de derechos humanos. El orden público normalmente comprometido en la vigencia de los derechos humanos excluye la aceptación de una situación por ser contraria a tales derechos, aun cuando cuente con la anuencia del afectado (sometimiento a un régimen de esclavitud).

La renuncia a un derecho humano de manera general nunca es válida. No obstante, si es posible y lícito, dentro de ciertos límites, que el titular de un derecho deje de invocarlo en una circunstancia en que podría hacerlo valer, tal como ocurre cuando una persona, libremente y sin amenazas o coacciones de cualquier clase, consiente la entrada en su domicilio de un funcionario policial que busca información sobre un delito cometido en la localidad. En estos supuestos, sobre todo si se trata de una actuación policial -dado que el funcionario policial personifica la coacción-, ha de presumirse que la injerencia en la situación subjetiva del afectado ha sido compulsiva o forzada, por lo que la intervención en la esfera protegida por el derecho sólo puede descartarse

cuando la aceptación del sujeto involucrado sea una manifestación de voluntad libre e inequívoca.

También se sostiene que los derechos humanos son innatos a la persona, es decir, que le son connaturales y nacen con ella. Esta aseveración merece algunas aclaratorias.

En primer lugar, el carácter innato de los derechos humanos ha de ser deslastrado de la carga racionalista e individualista de la filosofía de la ilustración y del movimiento revolucionario francés del siglo XVIII. De acuerdo con la visión de los derechos humanos del hombre entonces prevaleciente, esos derechos eran connaturales o innatos a la persona como ser abstracto, desligado de toda relación social concreta, lo cual permitía sostener que ella era titular de esos derechos incluso antes de la creación de la sociedad mediante la celebración del pacto social. Hoy esta construcción teórica resulta insuficiente, sin perjuicio de su innegable valor simbólico. Los derechos fundamentales de las personas sólo son concebibles en sociedad y son influenciados, en su reconocimiento y perfilamiento, por el entorno histórico en que la persona se desenvuelve. No nacen de una vez y para siempre como derechos inmutables, sino que se renuevan conforme a las exigencias concretas de la humanidad en un mundo cambiante y según las condiciones que rodean la existencia del hombre en sociedad.

En segundo lugar, hay que observar que ahora los derechos humanos corresponden a las personas antes incluso de su concepción, como lo ponen de manifiesto los derechos de las generaciones futuras, en las materias de protección del ambiente y de límites a la investigación y tratamiento genético entre otros.

1. Evolución historia

Como ya se ha señalado, los derechos humanos no son inmunes al devenir histórico, ni son una categoría absoluta originada en una visión abstracta o aséptica de la persona, libre de influencias políticas o sociales. Muy al contrario, si bien la dignidad humana en que descansan siempre ha existido, aunque no siempre haya sido reconocida, los derechos o libertades fundamentales de la persona afloran en circunstancias particulares de la evolución de la humanidad. Las premisas básicas que condujeron a la proclamación de tales derechos o libertades aún subsisten e incluso se han consolidado, por lo que los derechos humanos son cánones o parámetros ético jurídicos de nuestro tiempo.

El proceso que desembocó en el reconocimiento formal y protección de los derechos inherentes a la persona es propio de la modernidad, y se vincula con la cultura del Renacimiento, y con el espíritu crítico hacia el orden imperante que despertaron los descubrimientos geográficos y científicos desde finales del siglo XV y las corrientes filosóficas racionalistas o individualistas. El replanteamiento de los regímenes absolutistas que se impusieron en varios reinos europeos, impulsaron el movimiento; primero teórico y luego político a favor del reconocimiento de derechos naturales de la persona cuya garantía debía ser el fin de la sociedad política.

A partir de allí, con la Revolución Francesa y Norteamericana como hitos históricos principales, se produce la constitución de los derechos y libertades fundamentales, a lo cual se sumaría en el siglo XX, su internacionalización, que ha dado múltiples frutos hasta el presente, mediante los diversos sistemas de protección de los derechos humanos.

A continuación se exponen los aspectos primordiales de esta evolución:

2. Declaraciones de derecho y sus antecedentes

La declaración de derechos de mayor significación histórica de la época moderna es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada en los albores de la Revolución Francesa. También en los prolegómenos de la Revolución de Independencia americana se adoptaron solemnes declaraciones de derechos, aprobadas por las colonias que formarían los Estados Unidos de América, entre las cuales sobresalen la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Constituyo igualmente un hito fundamental de Declaración de Independencia, del 4 de julio de 1776, por la significación que atribuyo a los “derechos inalienables del hombre”.

Estas declaraciones de derechos sirvieron para justificar las acciones políticas en desarrollo, unas orientadas a defenestrar al antiguo régimen absolutista, otras a ejercer el derecho a darse, libremente, la forma de gobierno que mejor conviniera a los intereses del pueblo. Aunque existen diferencias entre la declaración Francesa y la Norteamericana coinciden en su intento por proclamar los derechos fundamentales que corresponden a la persona en su condición de tal, sin importar su estatus social, su raza o su posición ideológica. De ahí que estas declaraciones representen el primer paso decisivo en el proceso de reconocimiento y protección de los derechos humanos. En esta línea se inscribe igualmente la Declaración de Derechos del Pueblo, del 1 de julio de 1811, sancionada por el Congreso General de la Provincia de Venezuela antes de la Declaración de Independencia

Esto no implica negar los importantes antecedentes que se produjeron en este ámbito, de índole tanto filosófica como político-institucional. Dejando de lado las raíces filosóficas de estos derechos, que mandarían un tratamiento prolijo y separado, cabe mencionar a las declaraciones medievales de derechos, fueros o privilegios, entre las que sobresalen los pactos o fueros de varios reinos españoles, como el de Castilla-León de 1188 y el de Aragón de 1283, y las cartas o declaraciones inglesas, como la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra de 1215, y la Petición de Derechos de 1628, entre otras. Estas declaraciones están, sin embargo, inescindiblemente ligadas al régimen político-social propio del feudalismo y, en el caso inglés se inscriben en la lucha del parlamento por reducir las prerrogativas del monarca, de modo que las facultades reconocidas eran más privilegios de un estamento o atribuciones de un órgano de derechos de la persona. Por ello, se distinguen claramente de las declaraciones de derechos propias de la modernidad, en las que el individuo aparece desprovisto de los privilegios o de las ataduras propias a su posición socioeconómica o política.

También pueden citarse como antecedente las Nuevas Leyes de Indias, de 1542, y la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, por los derechos que se otorgaron a los Indios en las colonias o provincias españolas en América, aunque dentro del espíritu tuitivo o tutelar del indio característico de tales leyes.

2.1. La Institucionalización

Tras la célebre declaración de derechos de la Revolución Francesa y las declaraciones de derechos de colonias británicas en Norteamérica, se inicia el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona. En Francia inicia con la Constitución de 1791 y en

Estados Unidos de América, con las primeras diez enmiendas a la Constitución de 1787, aprobadas por el Congreso en 1787 y ratificadas en 1791.

Esta tendencia fue seguida por otras naciones europeas y por las antiguas colonias o provincias españolas en América, como pódico de su proceso de independencia, con lo cual se generaliza en el siglo XIX la adopción de Constituciones escritas y la consagración en éstas de los derechos y libertades fundamentales. Durante buena parte de este siglo el reconocimiento de tales derechos y libertades fundamentales. Durante buena parte de este siglo el reconocimiento de tales derechos tuvo un significado principalmente retórico o simbólico, pero se fue formando la conciencia colectiva sobre la necesidad de garantizarlos. Contra su real operatividad jurídica conspiró, por un lado, la pervivencia del principio monárquico en algunos países europeos y, por otro lado, la falta de aceptación de la fuerza normativa y de la supremacía de la Constitución, estimulada por la creencia en la soberanía del parlamento y en la primacía de la ley como expresión de la voluntad general.

Desde comienzos del siglo XX se produce un enriquecimiento en los contenidos de las declaraciones constitucionales de derechos, que comenzaron a incluir derechos de tipo social (al trabajo y a las condiciones adecuadas para prestarlo, a la sindicación, protección del campesinado), extraños al pensamiento individualista que las vio nacer, lo cual se hace patente en textos como la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919. Esta ampliación de las declaraciones de derechos es expresiva del tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, que signaría el constitucionalismo en el siglo XX.

A partir del primer tercio del siglo XX y, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial y a la vista de las atrocidades cometidas desde el poder estatal por el nacionalsocialismo y el fascismo, se generaliza en Europa occidental la convicción de la importancia de establecer mecanismos efectivos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona, para contener los excesos provenientes del poder público en todas sus manifestaciones, incluyendo por tanto al legislador. Esto se traduce en la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales encargados de velar por la supremacía de la Constitución y por la plena vigencia de los derechos en ella consagrados. De esta manera la mayoría de las naciones de Europa occidental toman un camino que desde el siglo XIX transitaban, dentro de su idiosincrasia, los Estados Unidos de América.

En los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídico-constitucionales han sido tributarios de una doble influencia europea y norteamericana, la garantía cabal de los derechos y libertades fundamentales reconocidas se dificultó no tanto por la existencia de obstáculos teóricos o de principio, cuanto por la aridez institucional derivada de los procesos y las guerras de independencia que generó un terreno propicio para el caudillismo y la violencia. En medio de vicisitudes diversas, nuestros Estados levantaron una institucionalidad democrática de mayor o menor estabilidad, a menudo interrumpida por regímenes dictatoriales lesivos de los derechos humanos.

En la segunda mitad del siglo XX ha adquirido importancia creciente en la región el fortalecimiento de las garantías procesales de los derechos constitucionales, como instrumentos necesarios para su realización.

2.2. La internacionalización

Las graves violaciones a derechos esenciales de la persona perpetradas por regímenes totalitarios, y la amenaza que ello representó para la humanidad, hizo imperativa la creación de instancias internacionales entre cuyos fines se encontrara, junto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la promoción del respeto de los "derechos humanos". Nace así la Organización de las Naciones Unidas en 1945, que pronto asumió, a través de la Comisión de Derechos Humanos, la tarea de elaborar una Carta o Declaración de Derechos. De allí proviene la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Quedaba pendiente la preparación de uno o más anteproyectos de tratados internacionales de derechos humanos, que dieran plena fuerza vinculante a los compromisos de los Estados en la materia. No sería sino hasta 1966 que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaría los dos tratados fundamentales o generales de derechos humanos de alcance universal, para ser sometidos a la ratificación o adhesión de los Estados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el primero de los cuales iba acompañado de un protocolo facultativo. A partir de allí han sido adoptados muchos otros tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para la abolición de la pena de muerte.

Paralelamente a este reconocimiento, y garantía internacional de los derechos humanos en el ámbito universal, surgieron sistemas regionales de protección de estos derechos. En este sentido, en 1948, sobre la base de ciertas disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Asamblea General de esta organización aprobó la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y adoptó, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, en 1950 los Estados miembros del Consejo de Europa suscribieron el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ambos sistemas han tenido un enorme desarrollo y hoy ofrecen una protección especial a los derechos humanos, complementaria a la que deben proporcionar las instancias nacionales. También en África y en el mundo árabe se han tomado iniciativas con miras a la formación de los sistemas regionales.

A esto se suma la significación que los derechos humanos han alcanzado en el marco de los procesos de integración, particularmente en la Unión Europea, cuyo Tribunal de Justicia ha conocido de causas en que se alega la violación de derechos humanos por órganos comunitarios, lo cual encuentra respaldo en los Tratados de la Unión y en la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por otro lado, constituye un gran avance la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, si bien no representa estrictamente un tratado de derechos humanos, si incide positivamente en la materia, al evitar la impunidad en relación con graves violaciones a estos derechos.

2.3. Hacia un orden plural y complementario en la protección de los derechos humanos.

Los progresos en la garantía internacional de los derechos humanos, sumados a los obtenidos en los ordenamientos constitucionales, dan lugar en la actualidad a la existencia de un orden plural y complementario en la protección de los derechos humanos. A la fase inicial de aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona en el Derecho interno mediante los instrumentos constitucionales, se ha añadido la tutela internacional de los

derechos humanos, que a su vez se diversifica en la de alcance universal o regional y, más recientemente, en relación con las instancias supranacionales creadas en procesos de integración, en la de alcance comunitario. Igualmente, es posible que los derechos humanos sean indirectamente amparados por la Corte Penal Internacional, ahora bajo la perspectiva de la responsabilidad individual por la comisión de graves crímenes internacionales, que pueden haber consistido en la violación de derechos humanos. El Derecho Internacional Humanitario contiene, asimismo, disposiciones que redundan en beneficio de estos derechos.

Son esferas normativas distintas que ofrecen protección a tales derechos, muchas de las cuales divergen no sólo en el ámbito espacial de aplicación, sino también en los entes o sujetos responsables y en las reglas determinantes de la responsabilidad. Pero, en medio de esa diversidad o pluralidad, y de las distintas ramas del Derecho Internacional Público en la que se inscriben, convergen complementariamente en el ofrecimiento de una tutela a los derechos fundamentales de la persona.

3. Las llamadas generaciones de derechos humanos

La evolución que se observa en el contenido de los derechos proclamados en las sucesivas declaraciones de derechos, ha conducido a hablar de la existencia de generaciones de derechos. La primera, conformada por los derechos individuales o civiles y políticos; la segunda, por los derechos sociales, o económicos, sociales y culturales; y la tercera por los derechos de solidaridad (a la paz, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, al ambiente sano, etc.). Algunos se han aventurado a esbozar otras generaciones de derechos.

Esta clasificación de los derechos humanos puede tener relevancia como modo de ilustrar la cronología de los derechos humanos hasta un determinado punto de su incesante progreso. Pero es incompleta y puede llevar a equívocos. Especialmente, tiende a desdibujar la unidad del concepto de derechos humanos y la indivisibilidad e interdependencia entre las distintas categorías de derechos.

Además, sugiere de alguna manera, la idea de superación de las antiguas generaciones de derechos por las nuevas, y de la petrificación de las primeras, lo cual es incorrecto, pues todos los derechos humanos son importantes en el mundo contemporáneo, y los derechos más tradicionales son susceptibles de ampliación o modificación si así lo exigen las cambiantes circunstancias en que la persona se desenvuelve y las nuevas amenazas que se ciernen sobre ella. Con todas estas reservas es que deben considerarse las clasificaciones generacionales de los derechos humanos.

3.1. Los derechos humanos en la Carta Democrática Interamericana

Un aspecto fundamental para la comprensión de la evolución de los derechos humanos y de la significación de los mismos, es la consideración del papel que se les atribuye en la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001.

Con base en principios contenidos en la propia Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vinculan estrechamente la protección de los derechos humanos con la garantía de la democracia representativa en el Hemisferio, la Carta Democrática Interamericana desarrolla las distintas manifestaciones de esta vinculación, entre las que se destacan las siguientes:

- La consagración del derecho de los pueblos de América a la democracia (art. 1).
- La inclusión del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales entre los elementos esenciales de la democracia (art. 3).
- La previsión del respeto de los derechos sociales y de la libertad de expresión y de prensa como componentes fundamentales para el ejercicio de ese sistema político (art. 4).
- El reconocimiento de la democracia como condición necesaria para el efectivo ejercicio de los derechos humanos (art. 7).
- La relación indisoluble entre democracia y estado de derecho que contempla (arts. 3 y 4), lo cual hace también de éste un requisito para la vigencia de los derechos humanos.

Otra vertiente conceptual de la Carta que merece ser subrayada es la interdependencia que establece entre la democracia y el desarrollo económico y social (arts. 11 y 12), así como la importancia que, en este contexto, confiere a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 13), y a la relación de éstos con los derechos civiles y políticos (arts. 7, 10 y 15).

4. La dignidad del ser humano, esencia de la democracia

Tras las experiencias vividas en el corazón de la vieja y civilizada Europa durante la segunda guerra mundial, todo el largo proceso histórico de la lucha por la libertad y la seguridad ha de ser confirmado y renovado en torno a la configuración de un concepto que representa el núcleo todos los derechos humanos: “La Dignidad del Ser Humano”.

La Ley de Bonn (1949), Constitución de la Alemania Occidental, elaborada bajo la supervisión de aliados, dispone en su art.1:

La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

También la constitución italiana (1947), aunque implícitamente, parte de la misma idea basilar, pues contiene todos los elementos textuales para individualizar un núcleo esencial inviolable de los derechos fundamentales directamente asociados a la dignidad humana (art. 3.2 y 2)¹⁶⁷. En efecto, aunque su art.2 sólo se refiere a los derechos inviolables del hombre¹⁶⁸ de él por vía de interpretación se han ido extrayendo nuevos derechos (por ejemplo, a la transexualidad) por considerarlos inherentes a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad.

La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes..., son fundamento del orden político y de la paz social), se inserta en esta misma corriente iniciada con la segunda posguerra, a la que se suman todas las Constituciones con que recientemente se han ido incorporando los Estados al

¹⁶⁷ Cervati, A, en A. López Pina, La garantía constitucional..., cit., p.53.

¹⁶⁸ Dispone el art.2 de la constitución italiana lo siguiente: “ La Republica reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo aislado o como miembro de formaciones sociales del hombre, sea como individuo aislado o como miembro de formaciones sociales en las que desenvuelven su personalidad”. Y su art.3.2 (que abiertamente ha influido en el art. 9.2 de la constitución) establece: “es deber de la Republica remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación.

mundo democrático (Portugal, Grecia, países hispanoamericanos, Europa del Este). A partir de este núcleo, que se identifica con la dignidad humana, la lucha por los derechos recibe un fuerte impulso que, partiendo de un cambio en la concepción de los mismos, introduce nuevos elementos dirigidos a lograr, no ya su reconocimiento y defensa, sino la «eficacia» real de los mismos e, incluso, a comprometer a los poderes públicos (como después veremos) en políticas de fomento de la «cultura de los derechos».

En efecto, este nuevo impulso comporta un cambio de concepción o la superación de los dos grandes principios del Estado liberal, la libertad y la igualdad. Partiendo de las formulaciones de quienes conocemos como padres del constitucionalismo (principalmente, Locke y Montesquieu), el Estado liberal nace y se consolida con el constitucionalismo escrito, cuyo objeto y finalidad se resumen en el conocido art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos de 1789:

Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes predeterminada, no tiene constitución.

De tal suerte que el núcleo esencial del Estado social y democrático de Derecho ya no lo son siquiera los derechos del hombre sin más, sino los derechos del hombre tal como tras la Segunda Guerra Mundial se han concebido; esto es, estrechamente ligados al ser humano y a su dignidad: «si la dignidad de la persona es un atributo de todo hombre y son inherentes a ella los derechos inviolables, no es concebible que alguno de estos derechos sólo se reconozcan a los hombres en que concurren determinadas condiciones».¹⁶⁹ No hay respeto a la dignidad humana, pues, en el ordenamiento que no

¹⁶⁹ González Pérez. La Dignidad de la Persona. Madrid, Civitas. 1988, p.30

disponga la suficiente protección para todos los hombres y para cuantos derechos les sean inherentes o necesarios para el libre y pleno desarrollo de su personalidad. No ha de extrañar por ello, que tras la segunda gran guerra se retome la idea de los derechos sociales con mucha mayor fuerza que en la primera posguerra; ha de garantizarse a todos, también, la «libertad frente a la miseria», según el conocido discurso del presidente Roosevelt sobre las cuatro Libertades.¹⁷⁰

Nunca será excesiva, pues, la insistencia para dejar bien claro que, desde cualquier enfoque que podamos adoptar, la dignidad de la persona humana está en la raíz de los derechos, lo que permite concluir con Ruiz Jiménez¹⁷¹ al comentar el art. 10.1 CE, que no cabe ningún tipo de discriminación dada la igualdad esencial de todos los seres humanos; que esa dignidad no depende de la edad o de la salud mental (no se quiebra por perturbaciones anímicas ni por la comisión de delitos o incursión en el vicio), es de todos.

A partir de esta generalizada convicción puede comprenderse la apuesta que en favor de los derechos humanos se ha hecho desde la Organización de las Naciones Unidas y por las constituyentes democráticas de la segunda posguerra mundial a que ya hemos aludido. No es por azar, dirá Jean Bernard Marie¹⁷², que la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 1948) hable de la «fe en la dignidad y el valor de la persona humana» y se proclame como un ideal común a alcanzar

¹⁷⁰ Un extracto del mismo en G. Gurvitch, *La Dichiarazione dei diritti social*, Milan. (1949)

¹⁷¹ Ruiz Giménez, *Derechos fundamentales de la persona*», en *La Constitución española de 1978*, dir. por O. Alzaga, Madrid, Edora, tomo II, pp. 115 y ss.

¹⁷² J. B. Marie, *op. cit.*, p. 9.

III. Derechos Humanos de las Mujeres

*Los derechos humanos están inscritos en los corazones de las personas; estaban ahí mucho antes de que los legisladores escribiesen su primera proclamación.
Mary Robinson.*

Los derechos humanos de las mujeres son, en principio, los de todos los seres humanos y están contenidos en los tratados generales de derechos humanos internacionales.

Los Derechos Humanos son universales: o sea que todas las personas, mujeres y hombres, de todos los países y de todas las edades, tenemos derechos humanos.

Son integrales e indivisibles, es decir, son un conjunto que no se puede dividir y en el que todos los derechos son igualmente importantes, por lo que no se pueden respetar unos y violar otros.

Son interdependientes, están conectados los unos con los otros. La violación a uno de los derechos humanos afecta el resto del conjunto. Esta característica es relevante porque las personas necesitamos gozar de todos nuestros derechos para poder acceder a un nivel de vida digno.

Son intransferibles: quiere decir que no podemos ceder nuestros derechos a otras personas ni renunciar a ellos.

Además de los derechos humanos a los que tiene derecho toda persona, por el sólo hecho de haber nacido humano, la mujer tiene algunos derechos conquistados en las últimas décadas y surgidos de necesidades específicas.

Estas necesidades están relacionadas, en general, o a su condición de mujer, como las vinculadas con sus capacidades reproductivas; o a los esfuerzos para contrarrestar actitudes culturales discriminatorias, como la violencia de género, la falta de oportunidades de empleo, las dificultades para ejercer la función pública u otras.

Durante las últimas décadas se ha venido reclamando por la visibilización de las dificultades que las mujeres enfrentaban para disfrutar los derechos humanos, dentro de la teoría y la práctica, así como las formas específicas de violación de los mismos.

Mucho antes del surgimiento del sistema de Naciones Unidas, en nuestra región nace, en 1928, la CIM (Comisión Interamericana de Mujeres) que se

constituye como el primer cuerpo de Derechos Humanos destinado a defender los derechos de las mujeres. La CIM prepara el que sería el primer tratado sobre derechos de las mujeres: la “Convención sobre la nacionalidad de las mujeres”, aprobada por la OEA en 1933.

Contamos, entonces, con un sistema regional y un sistema mundial de derechos humanos. El primero, representado por la Organización de Estados Americanos (OEA) el cual, además de la CIM, cuenta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos.

El sistema mundial vigente actualmente es el de la Organización de Naciones Unidas, nacido en 1945. Al año siguiente se crea, dentro de ONU, la Comisión para la Condición Social y Jurídica de la Mujer, conocida como Comisión del Status de la Mujer. Su primera Presidenta fue Bodil Boegstrup, de Bélgica, quien trató de influenciar el borrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que se incluyeran derechos de las mujeres. Hubo un debate entre ella y Eleanor Roosevelt, en ese momento Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos, quien había estado haciendo lobby, junto con otras delegadas, para incluir la palabra “sexo” dentro de las formas de discriminación prohibidas. Roosevelt entendía que el lenguaje neutral de la Declaración debía incluir a las mujeres y no era conveniente introducir derechos específicos para las mismas.

Con los años se vio que la neutralidad de la ley no fue muy efectiva al ser aplicada en sociedades donde la realidad no era neutral, sino de fuerte discriminación contra la mujer.

La Comisión para el Status de la Mujer lanzó en los años 70 la década de la Mujer. Uno de los resultados de las actividades desplegadas durante la misma, en 1979, fue la aprobación, por parte de la Asamblea General, de la

Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

También impulsada por la misma Comisión, se lanzó un ciclo de Conferencias Mundiales: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; Beijing, 1995.

De cada Conferencia surgió un Plan o Plataforma de Acción. Éstos son muy útiles para diseñar programas y políticas destinadas a alcanzar la igualdad, ya que contienen instrucciones para los gobiernos y sugerencias de medidas y estrategias para revertir la situación de discriminación. Otras conferencias como la de Viena en 1993, El Cairo en 1994 y Copenhague en 1995, registraron altos índices de participación de las mujeres y recogieron, parcialmente, sus inquietudes. En Viena, por ejemplo, se acepta que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos. En El Cairo, se define la salud sexual y la salud reproductiva y se pide a los gobiernos que despenalicen el aborto. En Copenhague, donde se realizó la Cumbre de Desarrollo Social, un capítulo del Plan se destina a la igualdad entre hombres y mujeres como condición esencial para el desarrollo sustentable.

En las últimas décadas se intensificaron los esfuerzos de las mujeres para ir eliminando la “ceguera de género” que afecta al sistema de los derechos humanos, tanto en su teoría como en la práctica.

Los derechos humanos se encuentran en los distintos acuerdos firmados por los Estados, donde reconocen derechos a sus habitantes sin distinciones de clase, sexo, edad, raza, etnia, orientación sexual, afiliación política o religiosa, discapacidad o cualquier otra diferencia. Son emitidos por las organizaciones intergubernamentales, ya sean las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de Estados Americanos (OEA), y pueden ser de varios tipos:

Dentro del sistema universal (ONU) el tratado más importante es la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, o CEDAW.

Dentro del sistema regional (OEA) la más importante es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres o Convención de Belém do Pará. Ambas convenciones han tenido su impacto, además, en Conferencias Internacionales donde se firmaron documentos valiosos, como el Plan de Acción de Viena, el Plan de Acción de El Cairo, o la Plataforma de Acción de Beijing.

Todos estos tratados y documentos han influido para crear un cuerpo normativo que consagra derechos humanos específicos para las mujeres.

Estos derechos en sus distintas formulaciones, facilitan a las mujeres alcanzar su autonomía física, económica y política.

Tabla 1. Derechos de las mujeres en sus distintas formulaciones: autonomía física, económica y política.

Tipo de autonomía	Derechos que incluye	Tratados y leyes donde están consagrados
Física	1. Derecho a la integridad física y psíquica.	Convención de Belém do Pará, Art. 4, Inc. b; Convención Americana, Art. 5
	2. Derecho a no sufrir explotación sexual; o sea, eliminar la explotación por la prostitución, que reduce a las mujeres a la condición de objetos sexuales y de mercancía para el comercio.	CEDAW, Art. 6
	3. Derecho a la autodeterminación reproductiva. Significa poder planificar tener o no hijos, su número y espaciamiento y acceder a la	CEDAW, Art. 12; PIDESC, Art.12; Ley 25.673; Ley 26485, Art.6

	atención, asesoramiento y recursos de salud reproductiva.	
	4.Derecho a vivir relaciones sexuales placenteras	CN Art. 19, PIDCP, Art. 17, Ley 25.673
	5.Derecho a vivir una vida sin violencia.	Convención de Belém do Pará, Arts. 3 y 6. Ley 26.485, Decreto Reglamentario 1011 - 2010 - Leyes de violencia familiar
Económica	6. Derecho a compartir las tareas de cuidado, tanto personal (autocuidado) como de los hijos/as, familiares, enfermos/as y todas aquéllas realizadas para mantener, continuar y reparar nuestro ambiente, incluyendo el trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas	CEDAW, art. 5
	7. Derecho a la tierra y a la vivienda	CEDAW, Art.13, PIDESC, Art.11
	8. Derecho al crédito	CEDAW, Art.13
	9. Derecho a recibir educación libre de estereotipos sexistas	CEDAW, Art. 10, PIDESC, Art. 13, Convención de Belém do Pará, Art. 6, Inc. 2
	10. Derecho a profesar o no una religión, culto o creencia	PIDCP, Art 18, Convención de Belém do Pará, Art. 4, Inc. i
	11. Derecho a formar una familia democrática e igualitaria	CEDAW, Art. 16
	12. Derecho a participar en asociaciones civiles, sindicales, comunitarias y culturales	PIDESC, Art.8, CEDAW, Art.13 Convención de Belém do Pará, Art. 4, Inc. h
	13. Derecho a elegir y ser elegida para la función pública	CEDAW, Art. 7, Convención de Belém do Pará, Art. 4, Inc. j
	14.Derecho a representar al país a nivel internacional	CEDAW Art. 8

Política	15. Derecho a la nacionalidad, o sea, los mismos derechos que los hombres para: • Adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. • Transmitir la nacionalidad a sus hijos e hijas.	CEDAW, Art. 9
	16. Derecho a transitar libremente dentro y fuera del territorio del país y elegir su residencia y su domicilio	CEDAW, Art. 15

1. Responsabilidades del Estado frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres

Las obligaciones del Estado suelen ser de tres tipos: respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos:

1. Respetar los derechos humanos significa sencillamente no interferir con su disfrute. Por ejemplo, los Estados deben abstenerse de llevar a cabo expulsiones forzosas y de restringir arbitrariamente el derecho a votar o la libertad de asociación.
2. Proteger los derechos humanos significa adoptar medidas para garantizar que terceras partes no interfieran con su disfrute. Por ejemplo, los Estados deben proteger el acceso a la educación asegurando que los padres y los empleadores no impidan que las niñas acudan a la escuela.
3. Hacer efectivos los derechos humanos significa adoptar medidas progresivas que permitan el disfrute efectivo del derecho de que se trate. Esta obligación en ocasiones se subdivide en las obligaciones de facilitar

y de poner los medios necesarios para la realización del derecho. La primera se refiere a la obligación del Estado de llevar a cabo explícitamente actividades que fortalezcan la capacidad de las personas para satisfacer sus propias necesidades, por ejemplo creando condiciones en las que el mercado pueda suministrar los servicios de atención sanitaria que demanda la población.

La obligación de “poner los medios necesarios” va un paso más allá pues supone la prestación directa de servicios si los derechos de que se trata no pueden realizarse de otro modo, por ejemplo para compensar las carencias del mercado o para ayudar a grupos que no pueden cubrir necesidades básicas, por ejemplo, en caso de un grupo de personas refugiadas. Tanto la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, como la Declaración para la Eliminación de la violencia contra las mujeres, otorga al Estado la tarea de prevenir, investigar, sancionar y proveer compensación por todos los actos de violencia, dondequiera que ocurran. O sea, puede ser causa del Estado, ocurrir dentro de la comunidad o dentro del hogar. El artículo 4 de la Declaración establece que las mujeres que han sido sometidas a violencia deben:

1. Recibir información y asesoramiento sobre los pasos a seguir.
2. Acceder a mecanismos de justicia y a remedios justos y efectivos del daño que han sufrido, tal como lo prevé la legislación nacional.

La obligación de proveer adecuada reparación incluye el derecho de las mujeres de acceder a remedios en la justicia civil y penal; así como el derecho a protección efectiva, apoyo y servicios de rehabilitación para sobrevivientes de violencia.

Una de las más inmediatas es la obligación de reparar. La noción de reparación puede también incluir elementos de justicia restaurativa y la necesidad de enfrentar las desigualdades pre-existentes, las injusticias, los prejuicios y las percepciones y prácticas sesgadas que permiten que ocurran las violaciones, incluyendo la discriminación contra las mujeres y las niñas¹⁷³.

Los “lineamientos y principios básicos de la ONU sobre Reparaciones” afirman que la modalidad de la reparación debe ser proporcional a la gravedad de la violación y puede incluir las siguientes formas:

Restitución: entendiendo por tal todas aquellas medidas para restaurar a la víctima a su situación original antes de la violación de derechos: restauración de la libertad, disfrute de sus derechos humanos, identidad, vida familiar y ciudadana, retorno al lugar de residencia, restitución del empleo y de la propiedad.

Compensación por cualquier daño que pueda ser medido económicamente, de manera proporcional y apropiada a la gravedad de la violación, incluido el daño físico y mental, las oportunidades de empleo perdidas, la educación y los beneficios sociales, los daños materiales y morales.

Medidas de rehabilitación, incluyendo cuidado médico y psicológico así como servicios legales y sociales.

¹⁷³ A/HRC/14/22- 19 April 2010-PROMOTION AND PROTECTION OF ALL HUMAN RIGHTS, CIVIL, POLITICAL, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, INCLUDING THE RIGHT TO DEVELOPMENT – Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo.

Medidas de satisfacción, incluyendo, entre otras, la verificación de los hechos y la plena y pública revelación de la verdad, la búsqueda de los desaparecidos, la disculpa pública, sanciones judiciales y administrativas a los responsables de las violaciones, conmemoraciones y tributos a las víctimas.

Garantía de no repetición, incluyendo medidas que contribuyan a la prevención, como el aseguramiento de control civil efectivo de los militares y las fuerzas de seguridad, la protección de los defensores de los derechos humanos, la educación en derechos humanos y reforma de leyes que contribuyan o permitan las violaciones de los derechos humanos.¹⁷⁴

Muchas violaciones a los derechos humanos de las mujeres, como los actos de violencia, están originados en una situación de discriminación estructural, de injusticia permanente. Por tanto, la adecuada reparación para las mujeres no siempre requiere restituir las a su estado o lugar anterior. Un ejemplo de esto se da cuando se ordena la repatriación de una mujer traficada y se la envía nuevamente al lugar de donde salió. En éste, muchas veces, sufría abusos, violencia y discriminación y esa fue la razón porque migró o aceptó ofertas de trabajo que terminaron siendo una trampa. Devolverla a su lugar de origen no es una reparación adecuada si no se le brindan herramientas para que pueda salir de la situación que la empujó a caer en las redes de trata.

En el caso de las mujeres, las reparaciones deben subvertir, en lugar de reforzar, las estructuras preexistentes de desigualdad que pueden estar en las raíces de la violencia contra las mujeres experimentadas antes, durante y

¹⁷⁴ Human Rights Resolution 2005/35, E/CN.4/2005/L.48- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

después de un hecho violatorio determinado. Los procesos de reparación centrados en las mujeres requieren la participación de las mismas mujeres en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de los programas de reparación. Asimismo, se requiere un diseño del procedimiento de reparaciones que garantice que éste sea accesible a todas las mujeres y niñas; la investigación de los hechos para determinar si ciertas violaciones de los derechos han tenido lugar y el aseguramiento de que todos los hechos injuriantes contra mujeres y niñas han sido incluidos adecuadamente. La determinación de los daños debe incluir aquellos que son específicamente de género o tienen un impacto diferencial sobre mujeres y niñas. La identificación de los responsables por la violación de derechos debe incluir a aquellos que son *responsables por omisión*. Muchas veces tendemos a visualizar a aquellos agentes que cometen un acto delictivo, como por ejemplo, un agente penitenciario que golpea a una mujer privada de libertad. Esa es una acción. Pero podría suceder que a esa misma mujer se le niegue atención médica necesaria. En ese caso, no hay golpes, no hay acción. Pero hay una omisión que produce un daño. Y hay uno o varios agentes responsables por esa omisión.

Asimismo, la determinación de las medidas de reparación deben incluir el retorno de la víctima al lugar de donde ella provenía antes que la violación tuviera lugar, excepto cuando esas medidas sean por sí mismas discriminatorias o no sean las adecuadas para cambiar las causas estructurales de los hechos discriminatorios.¹⁷⁵

Así en un caso en que la mujer sufra invalidez por violencia, la *comunidad de daño* incluiría a sus hijos e hijas, a sus padres y demás familiares en caso que dependan de ella así como a otros allegados. En el caso “María Da

¹⁷⁵ A/HRC/14/22- 19 April 2010, página 16.

Penha”, el ataque sufrido por parte de su marido le ocasionó paraplejía permanente y eso afectó no solo su salud física y mental, sus posibilidades de trabajo (es farmacéutica), de interacción social y otros efectos personales, sino además cambió la vida de sus hijas. Ellas pasaron a ser “comunidad de daño” y la manera como este hecho afectó sus vidas también debe ser contemplada en una reparación adecuada con perspectiva de género.

CAPITULO II

VIOLENCIA SEXUAL

*La violencia sexual, racial, de género y otras formas de discriminación en la cultura no pueden ser eliminadas sin cambiar la cultura.
Charlotte Bunch.*

I. Diferencias entre los sexos y la desigualdad

Desde el punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. Es posible concebir a mujeres y hombres como legalmente iguales en su diferencia mutua, las cuales tienen sus génesis cuando los hombres tomaron el poder y se erigieron en el modelo

de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres.

Esta desigualdad podría haberse dado en contra del sexo masculino si el parámetro de lo humano hubiese sido a la inversa. Pero, está empíricamente probado que la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones. Es más, en todas partes y en la mayoría abrumadora de las culturas conocidas, las mujeres son consideradas de alguna manera o en algún grado, inferiores a los hombres.

Cada cultura tiene sus propios términos y a su vez genera los mecanismos y las justificaciones necesarias para su mantenimiento y reproducción.

Sin embargo, a pesar que en cada cultura el grado de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres y los argumentos para justificarla pueden ser distintos, todas las culturas conocidas tienen algunos rasgos comunes, identificado¹⁷⁶ tres de éstos:

- 1) una ideología y su expresión en el lenguaje que explícitamente devalúa a las mujeres dándoles a ellas, a sus roles, sus labores, sus productos y su entorno social, menos prestigio y/ o poder que el que se le da a los de los hombres.
- 2) significados negativos atribuidos a las mujeres y sus actividades a través de hechos simbólicos o mitos (que no siempre se expresan de forma explícita);

¹⁷⁶ Saltzman, Janet. Equidad y género. Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1992.

- 3) estructuras que excluyen a las mujeres de la participación en, o el contacto con los espacios de los más altos poderes, o donde se cree que están los e espacios de mayor poder tanto en lo económico y lo político como en lo cultural.

Sin embargo, es necesario agregar una cuarta característica:

- 4) el pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que lo divide todo en cosas o hechos de la naturaleza o de la cultura, y que al situar al hombre y lo masculino bajo la segunda categoría, y a la mujer y lo femenino bajo la primera, erige al hombre en parámetro o paradigma de lo humano, al tiempo que justifica la subordinación de las mujeres en función de sus pretendidos "roles naturales".

La universalidad de la subordinación femenina, el hecho de que exista y que involucre los ámbitos de la sexualidad, la afectividad, la economía y la política en todas las sociedades, independientemente de sus grados de complejidad, da cuenta de que estamos ante algo muy profundo, e históricamente muy enraizado, algo que no podremos erradicar con un simple reajuste de algunos roles en lo sexual o social, ni siquiera con reorganizar por completo las estructuras económicas y políticas. Instituciones como la familia, el Estado, la educación, las religiones, las ciencias y el derecho han servido para mantener y reproducir el estatus inferior de las mujeres.

En particular y por ser el derecho, en definitiva, la materia que nos ocupa en esta publicación, cabe señalar la importancia que éste tiene en el mantenimiento y reproducción de un sistema que trivializa la vida y experiencias de la mitad de la humanidad.

El concepto, teorías y perspectivas de género, así como el moderno entendimiento de lo que conforma el patriarcado o el sistema de dominación patriarcal son producto de las teorías feministas, es decir, de un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres que transformarla.

El género y el concepto de patriarcado, se enriquecen dinámicamente, en el marco del desarrollo de opciones políticas de transformación de las relaciones entre los sexos en nuestras sociedades, que plantean los diversos feminismos.

Así, el interés por la "problemática" de género es más que académico involucra un deseo de cambio y la emergencia de un orden social y cultural en el cual el desarrollo de las potencialidades humanas esté abierto tanto a las mujeres como a los hombres. Se trata, en definitiva, del cambio de una forma de vida y de la ideología que la ha sustentado por miles de años.

Una ideología es un sistema coherente de creencias que orientan a las personas hacia una manera concreta de entender y valorar el mundo; proporciona una base para la evaluación de conductas y otros fenómenos sociales; y sugiere respuestas de comportamiento adecuadas.

Una ideología "sexual" sería, entonces, un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano.

Es éste el caso de las ideologías patriarcales que no sólo construyen las diferencias entre hombres y mujeres, sino que las construyen de manera que la inferioridad de éstas es entendida como biológicamente inherente o natural.

Aunque las diversas ideologías patriarcales construyen las diferencias entre los sexos de manera distinta, en realidad este tipo de ideologías sólo varían en el grado en que legitiman la desventaja femenina y en el número de personas que comparten un consenso sobre ellas.

Las ideologías patriarcales no sólo afectan a las mujeres al ubicarlas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino que restringen y limitan también a los hombres, a pesar de su situación de privilegio.

En efecto, al asignar a las mujeres un conjunto de características, comportamientos y roles "propios de su sexo", los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles, comportamientos y características y a tensar al máximo sus diferencias con ellas.

Si no enfrentamos con eficacia y efectividad el sentido patriarcal de la vida, cada año y cada día que pasen, en lugar de aminorar, los sexismos se sumarán a otras formas de dominación nacional, de clase, etnocida.

De seguir por esta senda ideológica: la dominación patriarcal se agudizará y se ampliará la brecha entre mujeres y hombres, aumentarán la feminización de la pobreza, la marginación de las mujeres, el femicidio (individual o tumultuario)¹⁷⁷.

En otras palabras, la ideología patriarcal no sólo explica y construye las diferencias entre mujeres y hombres como biológicamente inherentes y naturales, sino que mantiene y agudiza otras (todas) formas de dominación. Fue gracias a la distinción entre sexo y género que hicieron varias científicas

¹⁷⁷Lagarde, Marcela. Identidad de Género y Derechos Humanos: La construcción de las humanas, en caminando hacia la Igualdad Real. Manual en Módulos. Programa Mujer, Justicia y Género, Ilanud, 1997

sociales, que las feministas logramos develar la falsedad de las ideologías patriarcales. Realizada esta tarea, el feminismo se abocó a develar el sexismo presente en todas, o casi todas, las estructuras o instituciones sociales.

Las teorías y perspectivas de género y la elaboración posterior de la teorías sobre el sistema de sexo-género son parte del legado teórico del feminismo. Es más, estas teorías han logrado un nivel tal de aceptación política e intelectual, que no es posible desconocerlas en el mundo de la producción de saberes, incluido el derecho.

1. Perspectivas Androcéntrica.

Una de las principales características de nuestras culturas y tradiciones intelectuales, es que son androcéntricas, centradas en el hombre, y que han hecho de éste el paradigma de lo humano. Una cultura androcéntrica es aquella en la que el hombre, sus intereses y sus experiencias son el centro del universo.

Algo tan falso como cuando la gente creía que el Sol daba vueltas alrededor de la Tierra. Falsedad que era percibida y vivida por todos como una verdad incuestionable. Como hoy sabemos que es la Tierra la que gira alrededor del Sol, nos parece engreído creer lo contrario.

Pero ese no es el caso con el androcentrismo. Toda vez que este sigue percibiéndose como "la verdad" o, al menos como son las cosas y punto, excepto cuando vemos la realidad desde una perspectiva de género.

Pero si el hombre es percibido como el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden principalmente a las necesidades e intereses del varón y, cuando mucho, a las necesidades o

intereses que el varón cree tienen las mujeres. Si el hombre se asume como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan únicamente desde la perspectiva masculina, la cual no es asumida en su parcialidad, sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal e imparcial.

En virtud del androcentrismo, los resultados de las investigaciones, observaciones y experiencias que tomaron al hombre como central a la experiencia humana, son tomados como válidos para la generalidad de los seres humanos, tanto hombres como mujeres.

Sabemos que en toda explicación de la realidad está presente un punto de vista, un ser desde donde se mira esa realidad, un punto de partida o ángulo desde donde se miran y evalúan la totalidad de las cosas. Cuando el hombre es percibido como el centro del universo, su perspectiva es la que mira y evalúa todas las cosas. Más aún, cuando el hombre no sólo es el centro sino que es el paradigma de lo humano, su perspectiva se convierte en una no perspectiva, sino en una verdad.

Cuando las cosas se ven desde esa perspectiva, el hombre es visto como lo esencial o central a cualquier actividad y lo masculino es el referente de lo humano. Históricamente han dominado aquellas perspectivas que parten del punto de vista masculino y que se proyectan como si no partieran desde alguien, como si fueran universales.

Sin embargo, perspectivas parciales, androcéntricas que se imponen no han considerado ni los puntos de vista ni las experiencias de las mujeres, lo que ha resultado en la invisibilización de las violaciones cotidianas a sus derechos humanos, así como en la infravaloración de sus necesidades como humanas.

El conocimiento y quehacer humano registrado a lo largo de nuestra historia no ha sido neutral en términos de género puesto que sólo ha incluido la experiencia y la mirada de uno de los géneros: el masculino. Por eso las feministas insistimos en que la perspectiva que pasa por una no perspectiva es androcéntrica en tanto las interpretaciones de la realidad con más reconocimiento intelectual, son aquellas que no han tomado en cuenta las relaciones de poder entre los géneros o las han marginado a tal punto que su visión o explicación de cualquier fenómeno social o cultural se ha visto parcializado, incompleto o tergiversado.

2. Perspectiva de género.

La perspectiva de género no pretende sustituir la centralidad del hombre por la centralidad de la mujer aunque partan de mirada que corresponde a la experiencia de un sujeto específico. Pretenden poner las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad.

Las perspectivas género sensitivas son pues, aquellas que visibilizan los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Ponen al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugieren nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación. Estas perspectivas pueden ser desde el género femenino o desde el masculino.

La perspectiva de género feminista introduce la mirada y experiencia del género femenino; colectivo cuyos deseos, necesidades y experiencias han sido invisibilizadas o subvaloradas y desde allí contribuye al desmantelamiento

de todos los mecanismos y formas que asumen los sistemas de dominación¹⁷⁸. El género es múltiple y por ende, las perspectivas de género de las mujeres también lo son. Por lo tanto, la perspectiva feminista no es la contraparte de la perspectiva androcéntrica ya que no pretende la centralidad del género femenino en el sentido de construir una mirada que se eriga en una mirada única y aplicable como tal a la totalidad de los colectivos humanos. Es más, al poner en el centro de su análisis las relaciones de poder, y por consiguiente no invisibilizar al género masculino, es mucho más amplia que la perspectiva androcéntrica. Así, las perspectivas feministas parten de la experiencia de subordinación de las mujeres, pero al hacerlo visibilizan las relaciones de poder entre los géneros y el hecho de que en todo discurso hay una perspectiva involucrada.

Por otro lado, una perspectiva de género masculina no androcéntrica también permite visibilizar la experiencia e intereses de los varones como grupo específico contribuyendo a la vez, a una mirada más integral y concreta de los fenómenos sociales. Que los varones sean vistos como un grupo específico en vez de como representantes de la humanidad toda, y que ellos describan y registren sus realidades desde ésta, contribuye a la transformación de una realidad tan mutiladora de nuestras humanidades masculinas y femeninas.

Para poder incorporar una perspectiva de género en el derecho, se requiere primero ver y comprender todas las formas en que la mirada de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas.¹⁷⁹ Esta tarea no es nada fácil, ya que muchas de las manifestaciones del sexismo son percibidas tanto

¹⁷⁸ Compartimos con Gerda Lemer la convicción que la superación de la forma original de dominación (hombre sobre la mujer) contribuye decisivamente a superar toda otra forma de dominación existente.

¹⁷⁹ Quienes quieran profundizar sobre el tema del sexismo en el derechos formas que el sexismo adopta, tales como el doble parámetro, la misoginia, etc. ver Facio Alda. *Cuando el género suena, cambios trae*. ILANUD, 1992..

por hombres como por mujeres como "naturales". Además , debido a que la mirada de los hombres ha pasado a lo largo de la historia con un mirada "nuetral", por ello es difícil reconocerla para desarticularla. Mas aun, en el campo del derecho que se concibe a sí mismo como una disciplina objetiva a pesar de que su instrumento es el lenguaje, posiblemente la más sexista de las instituciones patriarcales.

3. Determinación del significado del concepto género

3.1. Distinción entre sexo y género

La distinción entre sexo y género no es tan tajante como se creía en los inicios del desarrollo de las teorías de género. Ya sabemos que lo que se entiende por sexo es construido socialmente también. Sin embargo, la mayoría de las personas entienden el sexo como algo biológico, inmutable y por ende corresponde hacer, para facilitar la comprensión, una distinción entre sexo y género. Sin esta distinción es difícil entender la subvaloración de todo lo femenino o entender que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de esas supuestas diferencias y que, por lo tanto, pueden ser transformadas. Es precisamente esta separación conceptual entre el sexo y el género la que ha permitido entender que ser mujer o ser hombre, más allá de las características anatómicas, hormonales o biológicas, es una construcción social y no una condición natural.

Entender que género no es lo mismo que sexo es fácil pero lo que no es tan fácil es hacer una distinción tajante entre uno y otro concepto porque ambos se significan mutuamente. Sin embargo, estos términos no se deben usar indiscriminadamente o, peor aún, no se debe usar el término género en sustitución de sexo. Debemos tener claro que el sexo es lo que entendemos como más o menos determinado biológicamente mientras que el género es

construido social, cultural e históricamente. Sin embargo, muchas personas ahora usan género en vez de sexo porque les parece que es un término más alejado de "lo sexual". Por ejemplo, en algunas dependencias gubernamentales preguntan el "género" de la persona que hace tal o cual demanda cuando lo correcto es preguntar por su "sexo". Tampoco se pueden hacer estadísticas desagregadas por "género" sino que deben ser desagregadas por "sexo". El género, en definitiva, no es un término que viene a sustituir el sexo, es un término para darle nombre a aquello que es construido socialmente sobre algo que se percibe como dado por la naturaleza.

3.2. Distinción entre mujer y género

Tampoco mujer y género son sinónimos aunque muchísimas personas usan el término género en sustitución de la palabra mujer. Esta confusión nace del hecho de que fuimos las mujeres las que empezamos a utilizar el término para referirnos a la situación de discriminación y subordinación que experimentábamos. En efecto, históricamente son los grupos oprimidos quienes identifican las estructuras que los oprimen y es lógico entonces que el término haya sido desarrollado por las feministas para explicar y definir las estructuras que subordinan u oprimen a las mujeres de todas las clases, etnias, edades, etc.

En el ámbito de las políticas públicas hay una tendencia creciente a crear políticas de género cuando en la práctica se trata de políticas dirigidas a mujeres que dejan intactas las estructuras y relaciones entre los géneros.

Una política de género necesariamente tiene que tener como finalidad la superación de la desigual valoración y el desigual poder entre los géneros. De esta manera las políticas públicas de género no necesariamente deberían

referirse exclusivamente a las mujeres, en tanto el sistema de género es un sistema relacional que involucra a los varones. Perfectamente podrían haber políticas penitenciarias, por ejemplo, dirigidas a los hombres privados de libertad que podrían ser políticas de género si su objetivo es transformar la forma como los reos ejercen su masculinidad.

Es más, la mayoría de las políticas y leyes sobre o para la mujer, hasta hace muy poco, no eran género sensitivas sino que se dirigían a las mujeres como si su condición natural fuera la que social, cultural e históricamente se les ha atribuido. Así, muchos proyectos dirigidos a mujeres tenían como objetivo mejorar su condición económica, pero no tomaban para nada en cuenta su condición de subordinación en relación a los hombres en sus vidas ni los roles que tenían que desempeñar dentro de sus familias o comunidades por ser mujeres. Es más, no tomaban en cuenta la menor valoración que esos roles tienen en nuestras sociedades, el efecto en la auto estima de las mujeres y en la sociedad que tiene esa menor valoración, ni los problemas que la sobrevaloración de los roles masculinos le trae a la familia, la comunidad y la sociedad en general. Género, por lo tanto no es sinónimo de mujer aunque la mayoría de los estudios, políticas y leyes que se relacionan o que toman en cuenta el género, sean estudios sobre la mujer, políticas hacia la mujer o leyes relacionadas con la problemática de la mujer.

3.3. Distinción entre grupo vulnerable y género.

El concepto de género no se refiere a un “sector” o “grupo vulnerable” de la sociedad. Generalmente cuando se utiliza esta palabra para denominar a este tipo de grupo es porque se está usando como sinónimo de mujeres que a su vez se identifican como constitutivas de un grupo vulnerable. Es importante entender que las mujeres no somos un grupo o minoría social

porque conformamos la mitad de la humanidad así como los hombres son la otra mitad.

Tampoco constituimos un grupo vulnerable. A lo sumo podríamos ser un grupo vulnerabilizado por el patriarcado y las estructuras de género. Por su parte, el género, jamás puede utilizarse para referirse a ningún grupo de personas, vulnerables o no, porque como se ha repetido, el género hace alusión a la construcción social de lo femenino y lo masculino de manera dicotómica y jerarquizada.

4. El patriarcado

El concepto de patriarcado es antiguo y no necesariamente un aporte de las teorías feministas. Engels y Weber lo mencionaron; más aún el primero se refirió a éste, en su famosa obra "Estado, Familia y Propiedad Privada" como el sistema de dominación más antiguo, concordando ambos en que el patriarcado tiene relación con un sistema de poder y por lo tanto de dominio del hombre sobre la mujer.

Para algunas feministas el patriarcado es:

La manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y los/ las niños/ as de la familia, dominio que se extiende a la sociedad en general. Implica que los varones tienen poder en todas las instituciones importantes de la sociedad y que se priva a las mujeres del acceso de las mismas pero no implica que las mujeres no tengan ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o de recursos.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Lemer, op. cit., pág. 340.

Para otras: "El patriarcado significa una toma de poder histórica por parte de los hombres sobre las mujeres cuyo agente ocasional fue el orden biológico, si bien elevado éste a la categoría política y económica".¹⁸¹

Se trata de un sistema que justifica la dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres. "Ilene su origen histórico en la familia, cuya jefatura ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social. Existen también un conjunto de instituciones de la sociedad política y civil que se articulan para mantener y reforzar el consenso expresado en un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determina que las mujeres como categoría social siempre estarán subordinadas a los hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.

En todos los sistemas patriarcales nos vamos a encontrar con una serie de características comunes:

a) Se trata en primer lugar de un sistema histórico, es decir, tiene un inicio en la historia y no es natural. Esto resulta de fundamental importancia puesto que, por una parte da cuenta de la exclusión histórica que han vivido las mujeres al negárseles la posibilidad de registrar su historia y por otra, permite concebir la posibilidad de cambio en la situación de las mujeres.

b) Se fundamenta en el dominio del hombre ejercido a través de la violencia sexual contra la mujer, institucionalizada y promovida a través de las instituciones de la familia y el Estado. Todo sistema de dominación requiere de la fuerza y el temor - en otras palabras la aplicación o amenaza del dolor- para mantener y reproducir los privilegios de aquellos que dominan. Dicha

¹⁸¹ Sau Victoria. Un diccionario ideológico feminista. Editorial ICARIA, Barcelona, 1981, pág. 204.

violencia se instala en los cuerpos de las mujeres quienes quedan sujetas al control sexual y reproductivo de los varones, en particular de aquel que se atribuye su dominio.

c) Aunque existen hombres en relaciones de opresión en todo sistema patriarcal, las mujeres de cada uno de esos grupos oprimidos mantienen una relación de subordinación frente al varón. Es directa cuando la relación de subordinación es entre la mujer y un hombre de su misma categoría o superior y es indirecta o simbólica cuando la subordinación de la mujer se da en relación a un varón perteneciente a una categoría inferior. El hecho de que se trate fundamentalmente de un sistema de dominio que se ejerce sobre las mujeres no implica que todos los hombres gocen de los mismos privilegios. En efecto, si bien en sus orígenes históricos pudo ser así, la experiencia de dominación aprendida sirvió para que algunos grupos de hombres la proyectaran hacia otros grupos, sea de personas o de animales, instalando las jerarquías como categoría o distinción válida en la convivencia social. Así, el paradigma de lo humano, el varón blanco, rico, en edad productiva, sin discapacidades físicas y heterosexual fija el punto máximo de la jerarquía respecto de cualquier otra condición o variable. Las mujeres no son parte de esta jerarquía en tanto constituyen lo otro, aquello que no es. De ahí que su subordinación se define siempre en función del varón independientemente de la categoría que él o ella tengan.

Ahora bien si la mujer comparte una de las condiciones que sitúan al varón en una de las categorías inferiores en la escala jerárquica entre hombres, dicha condición se hace parte de la de género y se convierte en una triple discriminación. Así, la mujer que comparte su condición de raza negra con el varón de su misma categoría, frente al máximo de la jerarquía entre varones resulta más discriminada que el varón negro, por ser mujer, por ser negra y por ser mujer negra.

d) En el patriarcado las justificaciones que permiten mantener del dominio sobre las mujeres tienen su origen en las diferencias biológicas entre los sexos. Estas son leídas en términos de superioridad de un sexo sobre otro (masculino sobre el femenino). Así tanto las religiones en un principio, como las ciencias médicas con posterioridad han contribuido a la creación de un sin fin de argumentos que avalan los privilegios de los varones en nuestras sociedades. Hombres sabios y religiosos de acuerdo a la historia patriarcal han estigmatizado a la mujer como un ser inferior y sucio por sus flujos menstruales.

Le han negado su calidad de humana al señalarla como criatura sin alma y han legitimado la violencia en su contra por ser el instrumento del diablo. Otros supuestamente célebres por sus aportes a las ciencias como Darwin, Spencer y otros han mantenido esta línea de argumentación al decir que las mujeres son seres incompletos en su evolución lo que se demostraría en la existencia de períodos menstruales y en la subsecuente inmadurez emocional.

El patriarcado se mantiene y reproduce en sus distintas manifestaciones históricas, a través de múltiples y variadas instituciones¹⁸². Llamamos institución patriarcal a aquella práctica, relación u organización que a la par de otras instituciones operan como pilares estrechamente ligados entre sí en la transmisión de la desigualdad entre los sexos y en la convalidación de la discriminación entre las mujeres¹⁸³ pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento del sistema de género y a la reproducción de los mecanismos de dominación masculina que oprimen a todas las mujeres. Entre

¹⁸² El término institución se refiere a prácticas, relaciones u organizaciones establecidas en una sociedad cuya existencia es constante y contundente.

¹⁸³ Camacho Rosalia. La maternidad como institución del patriarcado. Tesis de Maestría en Estudios de La Mujer, Universidad Nacional, Heredia, 1997, pág. 41.

estas instituciones están: el lenguaje ginope, la familia patriarcal, la educación androcéntrica, la maternidad forzada, la historia robada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, la ciencia monosexual, la violencia de género, etc.

4.1 El lenguaje Ginope

El lenguaje es un fenómeno social presente en casi todas las especies. Sin embargo en la especie humana es donde ha llegado a su mayor desarrollo: habilita y crea vida social. A través del lenguaje se ve reflejado el modelo de sociedad existente en un determinado lugar y en un período histórico específico. Ninguna sociedad vive al margen de su lenguaje sino más bien existe en él. De allí que todas las posibilidades de acciones y coordinaciones posibles entre los seres humanos estén registradas en el lenguaje y por lo tanto den cuenta de la realidad en que están viviendo los hombres y las mujeres de una determinada cultura. A la vez, el lenguaje también genera realidad en tanto constituye la principal forma de relacionarse con otros / as y de coordinar acciones para la convivencia entre unos y otros. Así, en una cultura en que el lenguaje no registra la existencia de un sujeto femenino podríamos concluir que o no existen las mujeres o éstas no son vistas como sujetos en dicha cultura. Al mismo tiempo el uso de un lenguaje reincide del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad en donde la mujer no vale lo mismo que el varón.

En las sociedades patriarcales el lenguaje refleja estos dos efectos. Por una parte da cuenta de la situación de la mujer en la cultura patriarcal, y por otra la mantiene y reproduce. El poder de nombrar-es decir de crear y definir las palabras, de crear y definir las reglas gramaticales de un lenguaje determinado, de proporcionar a las cosas identidad, evocándolas y

estableciéndolas como puntos de referencia o relacionándolas unas con otras- es el poder de conformar una cultura determinada, de establecer lo que existe y lo que no existe, lo que se considera natural y lo que no lo es, lo bueno y lo malo. El poder de la palabra es el poder de escoger los valores que guiaran a una determinada sociedad pero más aún es el poder de crear una determinada realidad.

A las mujeres nos han impedido ejercer este poder, poder que nos definiría como sujetos de una sociedad, sujetos que en la sociedad patriarcal no hemos sido. Una de las expresiones más claras del ejercicio del poder masculino en el lenguaje es el que progresivamente la voz hombre sirviera para denominar tanto al varón de la especie como a la especie toda y la creación de reglas gramaticales que permitieran que lo masculino pudiera tanto excluir como incluir/ ocultar a lo femenino, mientras que relegan lo femenino a la categoría de "específico" y "particular" de ese sexo.

Aún en la actualidad, y a pesar de la lucha de las mujeres persisten formas de exclusión que se expresan en el impedimento a las mujeres a participar en las "reales" o no, academias de la lengua, que hasta hace muy poco tiempo estuvieron integradas exclusivamente por varones. El diccionario es una de las mejores herramientas a la cual se puede consultar para comprobar la centralidad de lo masculino y la marginalidad de lo femenino. Por ejemplo los adjetivos están siempre en su forma masculina en los diccionarios de la lengua española, agregándoseles una "(a)" para las formas femeninas. Los nombres de los animales son otro ejemplo interesante: CABALLO m. Animal solípedo doméstico. YEGUA f. Hembra del caballo. Con sólo estos dos ejemplos podemos comprobar que lo masculino es la norma o el paradigma y lo femenino es "lo otro" o lo que existe sólo en función de lo masculino o para lo masculino.

Con el diccionario no sólo comprobamos la centralidad de lo masculino sino que podemos comprobar que el lenguaje no es neutral sino que tiene una perspectiva claramente masculina y además presenta a las mujeres como seres inferiores o más cercanos a los animales. Como dice la mexicana Elena Urrutia, "acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua... deducimos que la mujer es un ser débil, delicado, con afición al regalo y no apta para el trabajo. El hombre es todo lo contrario".

Sexo débil: las mujeres. *Femenino*, *na*: Débil, endeble. *Afeminación*: Molicie, flojedad de ánimo. *Afeminar*: Hacer perder a uno la energía varonil. *Molicie*: afición al regalo, afeminación. *Blando*: Afeminado y que no es fuerte para el trabajo. *Sexo fuerte*: Los hombres. *Varonil*: relativo al varón; esforzado, valeroso y firme. *Hombrada*: Acción propia de un hombre generoso y esforzado. *Fuerte*: Animoso, varonil"¹⁸⁴.

El diccionario también nos dice que "ser mujer" es "haber llegado una doncella a estado de menstruar" mientras que el "ser hombre" significa "valiente y esforzado" y que no es lo mismo ser una mujer pública que un hombre público ya que la primera es una ramera y el segundo es "el hombre que interviene públicamente en los negocios políticos."

Con el diccionario también podemos ver como el patriarcado conceptualiza a la mujer como animal de sexo femenino mientras que el hombre es un ser racional. En castellano por ejemplo, hembra y macho, varón y varona no son términos complementarios unos de otros. "Hembra" es definida como "animal del sexo femenino" y también como sinónimo de "mujer", mientras que macho sólo es definido como "animal del sexo masculino" porque para la criatura racional del sexo masculino existe una

¹⁸⁴Urrutia, Elena. "Lenguaje y Discriminación", en Revista FEM, Vol. II No. 6. 1976, pág. 8.

palabra: varón. Y, aunque existe la palabra varona, ésta no es usada para responder a la pregunta de a qué sexo pertenece una determinada bebé. Más bien es usada en su segunda acepción como "mujer varonil".

Estas definiciones no sólo nos dan una pista de cómo nuestra cultura le atribuye a lo femenino características relacionadas con lo débil y poco apto para el trabajo, y entiende que para ser mujer sólo se requiere un hecho de la naturaleza mientras que para ser hombre se requieren virtudes humanas, sino que nos confirman que quién está definiendo es un hombre: "Afeminar: hacer perder a uno la energía varonil." Es obvio con esta definición que quienes definen las palabras se identifican como potenciales "víctimas" de la acción de afeminar, es decir, que esta definición está hecha desde la perspectiva de un hombre y no de una mujer, y menos aún desde la perspectiva de nadie como pretenden quienes quieren negar el androcéntrismo en el lenguaje. Para que esta definición fuese realmente neutral en términos de género, para que no fuera androcéntrica, tendría que haber sido escrita de otra manera, como por ejemplo, "hacer perder a los hombres su energía varonil."

Desafortunadamente, no percibimos la parcialidad masculinista en estas definiciones precisamente porque los hombres y las mujeres estamos acostumbrados/as a que los hombres sean el paradigma de ser humano y que la masculinidad sea la centralidad misma alrededor de la cual giran todos los hechos y cosas y desde la cual se definen y valoran. En nuestras culturas, las mujeres no existimos, al menos no como protagonistas. Lo femenino existe sólo como la hembra de.

Si el lenguaje es una de las principales formas de comunicación -por medio de él se transmiten de generación en generación los hábitos culturales- no es de extrañar que las mujeres y lo femenino estemos invisibilizadas o marginadas del quehacer humano ya que el mismo lenguaje que utilizamos

para comunicar esos hábitos culturales, se encarga de ocultarnos tras el género masculino, o por lo menos minimizamos, relativizamos o ridiculizamos frente al sexo "fuerte". El lenguaje no sólo refleja y comunica los hábitos y valores de una determinada cultura sino que conforma y fija esos hábitos y valores. Como los hombres / varones han tenido el poder de definir las cosas, casi todo lo que está definido lo está desde su perspectiva. Como los hombres han tenido el poder de definir las cosas y los valores, casi sólo las cosas y valores que ellos han definido están aceptados como válidos en nuestra cultura y por ende, esta cultura es masculina o al menos, predominantemente masculina. Las mujeres, como seres humanas plenas y autónomas, no existimos en esta cultura masculina.

Recientemente varias lingüistas feministas han llamado la atención sobre el importante rol que juega el fenómeno de los términos "marcados" en la consolidación de lo femenino y las mujeres como "lo otro", lo no universal, lo particular y específico. Esta llamada de atención se basa en una crítica a la relación asimétrica entre dos categorías que son opuestamente complementarias la una de la otra dentro de una categoría más general.

Por ejemplo, los términos "hombre" y "mujer" sirven para contrastar los miembros masculinos y femeninos de la categoría más grande de "seres humanos"; y como tales se nos presentan como opuestos complementarios. Al mismo tiempo, el término "hombre", como ya lo sabemos, puede ser usado en un sentido más general para contrastar a la especie humana como un todo, de cualquier otra categoría. Así, los términos "hombre" y "mujer" también designan categorías que están en una relación jerárquica, debido a que uno de los términos puede ser utilizado para hacer referencia a la clase más amplia como un todo, en efecto, subsumiendo lo que es el término opuesto a un nivel más bajo de contraste. En este tipo de oposiciones, el término más general es

el "no marcado" del par, mientras que el otro, el que tiene un sentido o una definición más restringida, es el "marcado"¹⁸⁵.

El término marcado es más específico mientras que el no marcado es general. Así la mujer es sentida como perteneciente al campo de lo específico y el hombre al campo de lo universal. Cuando esta "especificidad" o "particularidad" de lo femenino es llevada al campo de los derechos humanos, nos encontramos con el hecho de que el principio de igualdad es entendido como el deber de otorgarle a las mujeres los mismos derechos que tienen los hombres y no otros derechos que necesitamos las mujeres precisamente por ser personas subvaloradas. Los derechos que necesitamos las mujeres en tanto que personas subvaloradas, son entendidos como demasiado "específicos" para formar parte de los derechos humanos universales. Esto es grave.

4.2. La familia patriarcal

La familia es considerada por las teorías feministas como el espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos. En la historia siempre ha existido algún nivel de asociación sexual y afectiva seres humanos pero esta no siempre fue la familia patriarcal, al mando de varón que controlaba tanto la sexualidad como la capacidad reproductiva biológica y social de la mujer.

La historia del pensamiento occidental hace de la familia una institución natural o, si la considera una construcción cultural, le asigna una serie de características que la hacen (mica dentro del universo de asociaciones

¹⁸⁵ Langland, Elizabeth. *A Feminist Perspective in the Academy: The Diference It Makes*. University of Chicago Press, Chicago, 1983, pág. 110

humanas posibles. Así, desde el punto de vista político, se ha justificado que las mujeres no necesiten de representación social ni política fuera del ámbito privado puesto que el jefe de la familia patriarcal encarna los intereses de sus integrantes. Así, los derechos ciudadanos se concibieron y consagraron haciendo una clara distinción entre los hombres, sujetos de ciudadanía por pertenecer al ámbito público y las mujeres sin esta calidad puesto que su ubicación y función se encontraba dentro de una institución con otras reglas del juego, la familia.

Desde el punto de vista económico, la familia ha significado una forma de enriquecimiento de los varones a costa de la mujer y los hijos. La invisibilidad de su aporte en materia de reproducción social así como su aporte en las tareas agrícolas, de pesca etc, que van más allá de la necesidad de provisión familiar, es desconocido. A ello se suma que hasta mediados del siglo XVIII estaban absolutamente incapacitadas jurídicamente para administrar el haber familiar. Aún hoy y a pesar de que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas reconocen la plena capacidad jurídica de las mujeres para administrar recursos patrimoniales en el matrimonio, subsisten las trabas y obstáculos para que lo hagan, la principal de ellas, siendo que es el marido quien sustenta el título de jefe de familia.

De acuerdo a las investigaciones que se han realizado en torno al impacto de este tipo de familia en el desarrollo de hombres y mujeres, y en nuestras formas de convivencia, se concluye que es "una historia marcada por el sometimiento a la dominación, manipulación y explotación, se puede explicar en términos psichistóricos como la extensión de esa susceptibilidad desde el ámbito personal al ámbito más amplio, el político¹⁸⁶. Afirmo que las personas que durante su infancia o durante el período de socialización han

¹⁸⁶ Eisler Riane. Placer Sagrado. Tomo 2. Editorial Cuatro Vientos, 1998, pag. 28.

vivido obligadas a reprimir su realidad y a aceptar otra impuesta por la autoridad, se convierten en adultos extremadamente susceptibles al dominio y la explotación. Sólo así puede explicarse que líderes a todo nivel, autoritarios, castigadores y explotadores de explicarse que líderes a todo nivel, autoritarios, castigadores y explotadores hayan disfrutado de la lealtad, la incondicionalidad y hasta el amor de tantas personas. Este proceso de socialización del sistema de género opera tanto a nivel mental o intelectual como a nivel emocional y físico, siendo en el cuerpo de los y las niños / as donde tiene su efecto más eficaz y duradero. "Allí es donde el control autoritario se vivencia en forma más traumática y donde primero se radican los patrones psicomaticos necesarios para mantener a los sistemas dominadores"¹⁸⁷. En las culturas patriarcales el trauma del dominio sobre los cuerpos ha recaído fundamentalmente en las mujeres quienes han visto legitimada históricamente la violencia en su contra en el seno familiar.

Podremos creer que provenimos de familias en donde el padre y la madre tenían igual poder e iguales derechos, algunas hasta creemos que en nuestras familias más bien dominaba la madre, pero si analizamos nuestra familia en el contexto legal, cultural y político en que estaban inmersas, veremos que nuestra percepción no es del todo correcta. Por más que hacia adentro nuestras madres pudieron haber tenido poder, ¿quién tenía más posibilidades legales, económicas o políticas?, ¿quién era más valorado socialmente? Y aún en los casos en que nuestros padres fueran personas que por circunstancias de la vida hayan caído en el desprecio social, no podemos negar que el ideal de familia con el que crecimos era uno en el que el papá proveía en lo económico y mamá en lo emocional, papá era de la calle y mamá del hogar.

¹⁸⁷ Idem., pág. 29.

Por ello es fundamentalmente en la opción por un cambio en el tipo de familia revisar también todas las otras instituciones que favorecen a los hombres y por ende le dan más poder dentro de la familia. Tendríamos que revisar las prácticas y leyes sobre herencia, acceso al trabajo asalariado, sobre tributos, sobre salarios, sobre violencia contra las mujeres, sobre la valoración de la prueba en los procesos judiciales, etc. Tendríamos que revisar qué mensajes dan los medios de comunicación, las escuelas, la iglesia y cómo está distribuido el tiempo de cada quien, quién hace qué, etc. En síntesis, la construcción social de la familia(s) y de otras relaciones íntimas es un factor determinante en la forma en que se construyen todas las relaciones sociales, a la vez que las instituciones patriarcales son determinantes en el resguardo y consolidación de la familia patriarcal. De ahí que, desde una perspectiva feminista, el análisis de la familia sea fundamental.

4.3. La erotización de la dominación

La erotización de la dominación patriarcal da cuenta de la transformación que operó en algún momento de la historia para que, tanto hombres como mujeres internalizaran que en el acto de infligir/ recibir dolor, a la vez recibían placer.

En las Sociedades paleolíticas no hay registros de que el placer estuviera ligado al dolor o a la muerte, por lo que se atribuye esta cultura basada en la violencia y en el temor a los pueblos pastores normales. Esta relación entre dolor y placer se instala a partir de entonces a la base de las relaciones entre hombres y mujeres en las sociedades patriarcales y se mantiene y reproduce hasta nuestros días.

En efecto, se trata de los mecanismos que permiten que la esclavitud de la mujer sea asumida y aceptada por ésta hasta el punto de encontrarla

excitante. Es la erotización de la dominación la que condiciona a las mujeres a la aceptación de la servidumbre sexual. Esta distinción, para señalar que las mujeres aceptan la dominación, resulta relevante para analizar los mecanismos y negociaciones que hacen las propias mujeres en la manutención del sistema, así como para analizar las relaciones entre mujeres y su funcionalidad al patriarcado.

No es de extrañar tampoco que coincidan en una sociedad represión Sexual y represión política porque a la base de la represión político-sexual, se encuentra la dominación político-sexual de las mujeres por los hombres. Lo que caracteriza a la cultura patriarcal desde un punto de vista político sexual es la represión sexual de las mujeres y la distorsión de la sexualidad femenina y masculina mediante la erotización de la dominación y la violencia. De allí que conceptos aparentemente neutrales y aplicables a toda la humanidad, como el de libertad sexual, denoten su sesgo androcéntrico al ser compatibles con el modelo de masculinidad en el sistema patriarcal.

Tras la erotización de la dominación han estado todas las instituciones del patriarcado, entre ellas y por sobre todo, las religiones y las ciencias. En efecto las religiones en general y la católica en particular se caracterizan por haberse pronunciado en torno a todo lo relacionado con el sexo. Esto, cuya tradición está presente en todas las religiones, se explica en tanto es en el ámbito del placer sexual y de la reproducción que se juegan quizás las dimensiones más importantes del ser humano. Sin embargo bajo las culturas patriarcales, este enfoque fue distorsionado y llevado a un nivel de detalle y morbosidad proporcional a su obsesión por ligar el placer del sexo y a la mujer con lo más despreciable de la humanidad.

Nada dijeron estas religiones respecto de la esclavitud sexual en que han vivido las mujeres. La protección del honor masculino a través de

cinturones de castidad, costumbre en Europa, no mereció comentarios por parte de las jerarquías eclesiásticas. Tampoco le mereció comentarios las costumbres nórdicas de matar a la mujer adúltera, ni el maltrato o abuso sexual a la mujer en el matrimonio. Sin embargo cada actitud que denotara independencia sexual de la mujer fue castigada al punto que muchas mujeres fueron a parar a la hoguera durante la época de la Inquisición. La mutilación de genitales femeninos, la muerte de mujeres en hogueras por viudez en la India, son expresiones aún vigentes del abuso sexual de las mujeres y del silencio y a veces complicidad que en estas materias mantienen las religiones.

Por otra parte, la violencia y no solo la dominación, también ha sido relacionada con el placer. Así, desde la infancia los castigos correctores, o en la adultez el maltrato a las mujeres o las prácticas sadomasoquistas, dan cuenta del grado en que hemos internalizado esta relación. Tanto en la familia como en otras instituciones como las Fuerzas Armadas esta erotización de la violencia es transmitida de acuerdo al sistema de géneros, de tal forma que el hombre asocia violencia y muerte con placer, a la vez que la mujer asocia el placer con el dolor. La erotización de la dominación y de la violencia de hombres sobre mujeres es uno de los grandes escollos en la lucha actual para crear una sociedad basada en la aceptación de la diferencia y la diversidad.

5. La educación androcéntrica

La educación ha sido históricamente un instrumento del patriarcado destinada a transmitir las ideas, valores, conductas y los mecanismos que han asegurado la dominación de los hombres sobre las mujeres. En principio las mujeres fueron excluidas de la educación puesto que el rol que les correspondería cumplir era el de esposa y madre, rol que se aprendía necesariamente en el seno familiar y a través de procesos de socialización propios al sexo femenino y transmitidos por otras mujeres. Es recién a

mediados del siglo XIX que las industrias de los nuevos Estados Europeos reconocen la necesidad de que las mujeres adquieran niveles básicos de instrucción que las habilitaran para ser mejores trabajadoras. La educación superior requeriría todavía varias décadas y de una fuerte presión de las propias mujeres.

En la actualidad, y en particular en nuestro continente, a pesar de que las mujeres en muchos países acceden en mayor porcentaje que los varones a los niveles de educación básica y media, y a pesar de que son las mujeres las que mayoritariamente se dedican al magisterio, la educación sigue reforzando la cultura patriarcal y contribuyendo a los procesos de socialización de género. Así, refuerza al hombre y lo masculino como referentes invisibilizando el aporte de las mujeres en la sociedad. La educación institucionaliza la sobrevaloración de lo masculino y la visión de mundo androcéntrica.

Preguntémonos ¿qué le pasa a una persona que pasa doce o más años aprendiendo a valorar el punto de vista y el conocimiento masculino? ¿Qué le pasa cuando es la misma educación la que hace invisible a la mujeres e invencible a los hombres? ¿Qué le pasa a una niña que por un lado se le dice que debe ser dulce, intuitiva, generosa, sensible, etc. y la educación dice que las personas que tienen éxito son las agresivas, racionales, objetivas y que piensan primero en su carrera y después en la familia? ¿No es acaso la educación la que nos hace admirar a los llamados "clásicos" de la civilización occidental, la mayoría delitos cuales expresa odio hacia la mitad femenina de la humanidad? ¿Qué pasa por la cabeza de niñas y niños cuando la maestra o maestro les dice que vamos a estudiar la historia de la humanidad y solo se habla de los grandes hombres, sus hazañas y conquistas o cuando se estudia el sistema nervioso, el óseo, muscular, etc. del cuerpo humano y el cuerpo que se utiliza como modelo es el cuerpo de un hombre? ¿Qué sucede cuando se

les dice a las niñas que ellas no son buenas para las matemáticas antes de que lo hayan podido descubrir por sí mismas? ¿Qué sucede cuando a una niña se la regaña mientras que a un niño se lo alaba por hacer la misma pregunta?

Sucede que hombres y mujeres salen educados en los valores patriarcales, eso es lo que sucede.

6. El derecho masculinista

El derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal. A través de éste se regulan las conductas de hombres y mujeres hacia un determinado modelo de convivencia, el patriarcal, y se modelan las identidades de género de forma tal, que respondan a las funciones ideológicamente asignadas a hombres y mujeres.

Sin embargo, el poder del derecho es más fuerte que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer sobre sus regulados la amenaza de la fuerza y el ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí misma sus propias reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores del derecho, los hombres.

El derecho prescribe, norma o regula, disciplinando a hombres y mujeres de forma diferenciada/ desigual. En el caso de las mujeres, el derecho les fija un modelo de identidad única y legitima su sometimiento al varón. En una primera etapa histórica el derecho otorgaba explícitamente el poder casi absoluto a los varones sobre las mujeres en el campo de las relaciones sexuales, sociales y económicas. El acceso sexual exclusivo del amo/ dueño a su objeto sexual, la mujer, la penalización severa del adulterio de la mujer, el castigo a la negativa a la procreación y el aborto, la mutilación de genitales

femeninos, la prohibición de circulación o desplazamiento a las mujeres, la monogamia unilateral, la obligación de seguir a su amo/ dueño a donde éste fuera, la pérdida del apellido cuando pasa a ser propiedad de un varón, la imposibilidad de administrar o representar intereses propios o de terceros, etc. fue mantenido gracias a un alto sistema de violencia institucionalizada que imprimió duros castigos a las mujeres por su independencia personal, fuera social, económica o sexual. Este ámbito de violencia se proyectó hacia todas las esferas de la convivencia en tanto había que mantener los privilegios de la dominación, lo que se expresó en el ámbito público con guerras, torturas y ejecuciones.

Una de las evidencias más contundentes del androcéntrismo característico del sistema jurídico patriarcal lo podemos comprobar estudiando como en los inicios del Patriarcado la ley tomó como sujeto a los hombres, partiendo de sus intereses y preocupaciones y como fue uno de los instrumentos que utilizaron los hombres para imponer su dominio y definir el ser/ quehacer de las mujeres:

El esposo tiene ciertos derechos sobre la mujer. Puede reducirla a servidumbre en casa de un acreedor... Si una mujer de conducta desordenada y mala ama de casa desatiende a su marido, éste puede escoger. Primero repudiarla ante un tribunal, sin derecho a indemnización o declarar al juez que no la quiere repudiar, quedando entonces como esclava. En los dos casos le es lícito al marido contraer nuevo matrimonio”¹⁸⁸.

En el caso de la legislación venezolana, el Código Civil¹⁸⁹, al desarrollar los requisitos de validez para el matrimonio en su artículo 46 establece: "No

¹⁸⁸Código de Hamurabi”, citado por Isidoro, Loi, en *La Mujer. Si la Mujer Fuese buena Dios También Tendría Una*. Editorial Sudamericana-Planeta, pág. 6.

¹⁸⁹ Código Civil de Venezuela. Gaceta No 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años, circunstancia que denota discriminación en razón del sexo, parcialmente reformado el correspondiente artículo, mediante jurisprudencia normativa,¹⁹⁰ escasamente en fecha 16 de octubre de 2014¹⁹¹.

Las legislaciones más modernas o al menos más recientes, se han modernizado aunque aun así pueden ser llamadas "implícitamente patriarcales". En razón de ello es necesario llenar de contenidos más democráticos los principios e instituciones que constituyen un aporte a la convivencia y que son producto de luchas históricas para superar todo tipo de discriminaciones. Los conceptos en abstracto de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etc. no son en sí androcéntrico; el problema está en el significado y aplicación que los hombres les han dado a esos valores.

7. Los derechos de las mujeres y las fronteras entre público y privado

Desde los años sesenta en adelante, las mujeres han ganado un conjunto de derechos que han significado ampliación de libertades y mayores igualdades respecto de los varones. Sin embargo, el reconocimiento formal de derechos no ha modificado mecánicamente la condición de las mujeres. Es

¹⁹⁰Este instituto denominado "Jurisprudencia Normativa", constituye un mecanismo utilizado por las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia para llenar el vacío del legislador, al no producir las modificaciones de leyes después de la entrada en vigencia de la Constitución, permitiendo que el Poder Judicial genere "normas judiciales transitorias" del sistema jurídico hasta tanto se llene el vacío legal por parte del poder legislativo.

También se ha llegado a sostener que la jurisprudencia normativa se genera cuando el órgano jurisdiccional interpreta una norma jurídica conforme al sistema de interpretación de normas establecido en los sistemas jurídicos.

¹⁹¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1353. Fecha 16/10/2014. Ponencia Magistrada Carmen Zuleta de Merchan.

más, el reconocimiento de éstos no necesariamente se traduce en mayor poder para las mujeres en el ámbito público y / o en el privado.

Las feministas de la diferencia hacen más complejo el tema, al inscribir las luchas por los derechos y mejorías de las mujeres en la noción de extrañeza del poder de las mujeres, sosteniendo que no se puede hablar de diferencia sexual si se recurre al orden simbólico de la política masculina. Argumentan que la separación es también una categoría de pensamiento que crea procesos autónomos y asimétricos, que las mujeres conocen. En efecto, la homologación de las mujeres no ha llevado a construir un sentido estable de la diferencia sexual; para ello es necesaria la referencia primaria a las propias semejantes a través de la práctica política de la diferencia.

Hasta hoy los lugares se adecúan a recibir mujeres homologadas al sujeto masculino, en los lugares de poder, mujeres dispuestas a olvidar su sexo. Lo simbólico vive en los ojos de lo colectivo y/ o socialmente visible. Sin desconocer los avances en materia de igualdad, una mirada a la participación de las mujeres en lo público en su sentido más tradicional -parlamentos, gobiernos instancias de decisión política-, arroja una desigualdad inmensa respecto del poder de los varones y, lo que es más grave, una desvalorización de la diferencia de las mujeres. El derecho al sufragio no ha sido suficiente para que las mujeres incidan en las decisiones políticas.

Las medidas de acción afirmativa que se empiezan a ensayar en distintos lugares del mundo con posterioridad a la CEDAW, desde la década de los 80, han tenido efectos evaluables en períodos más cortos de tiempo. En efecto, la carencia de derechos de las mujeres en lo privado ha quedado demostrado a partir de la visibilización de la violencia física, sexual y psicológica en el espacio doméstico. Las leyes que se han dictado permiten sólo poner fin al abuso de poder del varón. Es más, recién después de la Conferencia

Mundial de Viena en 1993 se reconoce que los derechos de las mujeres constituyen también derechos humanos, mostrando que hasta entonces los derechos de las mujeres eran un asunto de otro orden. El reconocimiento de los derechos de las humanas es central para la ampliación de la calidad de sujeto de derecho de las mujeres, porque éstos hacen referencia precisamente al acontecer en lo privado y lo público, restituyendo la necesidad de asumir todos los ámbitos de la existencia de las mujeres, incluyendo todos los ámbitos de la experiencia vital de las mujeres. Pese a los importantes avances en materia de derechos humanos de las mujeres éstos aún no han resignificado la diferencia sexual femenina. Lo simbólico vive en los ojos de lo colectivo y lo socialmente visible y estos aun no adquieren el suficiente reconocimiento entre las propias mujeres, de manera que les permita superar la extrañeza del poder. embargo si han contribuido a recuperar el dominio de los cuerpos al significarlos como el lugar de realización del deseo femenino y de los derechos.

Desde las perspectivas liberales, la relación entre las ideas y la experiencias se han mantenido escindidas en dos planos. Así, las diferencias se relegan a lo privado, ámbito en el cual las personas pueden dar lugar a sus opciones y en lo público se opera sobre la base de un conjunto de presunciones compartidas que dan lugar a un orden, de manera que la tolerancia es el sustituto del reconocimiento: se tolera lo que no se aprueba. La tolerancia se sustenta en la distinción entre las normas de la mayoría y las desviaciones de ciertos grupos y es un efecto de la homologación que conlleva la igualdad. La paradoja es que así la diferencia se mantiene como tal y sólo podría ser revestida por una presencia significativa de ésta en el espacio público. Así, la diferencia sexual no tiene el reconocimiento social, sino el formal de los derechos.

Ello se expresa en los resultados de la participación en el ámbito público, en que las mujeres que allí acceden, en alguna medida quedan atrapadas en la antesala del poder y terminan una vez más actuando para otros. Finalmente, asumiendo que la vía de la obtención de mayores derechos ha significado cambios, es importante reconocer que en la acción política feminista es necesario volver sobre las relaciones entre mujeres en el ámbito público y privado, para hacer hablante la extrañeza femenina. El deseo de poder de las mujeres es el deseo de existencia social como género. Las prácticas políticas entre mujeres necesitan de cercanía y reconocimiento. Esta preocupación existió en la década de los sesenta y se ha abandonado en tanto la institucionalización de las demandas en derechos ha separado a las mujeres, situándolas en los lugares de poder contruidos por el sistema patriarcal.

El reconocimiento de la disparidad entre mujeres transformado en práctica política, sumado a la acción por la igualdad, permitiría recuperar las relaciones entre mujeres y dar legitimidad a la presencia social femenina. Hoy, en virtud de mayores derechos e igualdades, una mujer puede hacer y actuar; sin embargo, no por ello se legitima su ejercicio de poder. No obstante, si está en esos lugares y retoma los vínculos con las otras mujeres, sí es posible afectar los centros del poder patriarcal.

El derecho es parte de la trama de un sistema patriarcal; sigue operando en la reproducción del sistema. El reconocimiento de derechos a las mujeres opera como una simulación que algo cambia para que nada cambie.

Así parece que las mujeres no sólo deben demandar al poder sino dárselo, no esperarlo sino construirlo, porque proviene de las propias mujeres, poder en lo privado, poder en lo público para hacer significativa la presencia social de las mujeres, en un símbolo que expresa su diferencia. Porque el feminismo se trata de la democratización de la vida cotidiana, para una mayor

vitalidad de lo público y de lo privado y en esa medida de las democracias actuales.

8. Ideologías e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal.

El derecho ha sido uno de los principales articuladores del paradigma de la modernidad, en tanto, desde él se instituye: la política (organización del poder)¹⁹²; se establecen mecanismos de control y vigilancia y un sistema de legitimidades.

Es decir, el derecho como conjunto de normas e instituciones que regulan una sociedad, plasma un modelo político y social, una forma de organizarse y de convivir entre los seres humanos. Como fenómeno que regula la vida de hombres y mujeres el derecho refleja, por lo tanto, el modelo(s) de mujer y de hombre(s) y el tipo de relación entre los sexos, que se impulsa en una sociedad.

Las mujeres en las sociedades occidentales, en Latinoamérica en particular, son discriminadas¹⁹³ en todos los ámbitos de sus vidas. Esta discriminación que viven en razón de su condición de género, además de expresarse en el ordenamiento jurídico, es mantenida y reproducida por un tramado normativo, dentro del cual el derecho juega un rol protagónico. Este define un modelo de estar en el mundo para las mujeres y les asigna un lugar y función subordinado al varón en nuestras actuales formas de convivencia humana. De acuerdo a Celia Amorós: "Es la propia sociedad la que ha

¹⁹² Se refiere a la distribución del poder del Estado, atribuciones y competencias de las autoridades de cada uno de los poderes así como a sus limitaciones.

¹⁹³ Se asume la definición de discriminación contenida en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)

constituido y organizado sus divisiones internas de manera tal que un grupo social determinado queda predestinado para ocupar un determinado espacio”¹⁹⁴.

El derecho es una propuesta ideológica y estratégica que se va armando, a partir de elementos extrajurídicos provenientes tanto del campo de la teoría política y de la filosofía política, como de elementos e hitos propios de la ciencia jurídica y su desarrollo. Interrogarlo desde las teorías feministas permite evidenciar los mecanismos articuladores del sistema de género y avanzar en la reflexión/ acción política para la incorporación plena de las mujeres en nuestras sociedades. Desde la práctica, experiencia y reflexión de las feministas, y más aún, desde la marginación e invisibilización del aporte de las mujeres a la humanidad, se ha configurado un conocimiento que en la actualidad permite describir, explicar y analizar el(los) origen(es), las causas, y los mecanismos de la desigualdad entre hombres y mujeres, a la vez que se propone explorar formas para superar ésta y otras formas de dominación que se mantienen fuertemente arraigadas en nuestras sociedades.

Para relevar el rol que el derecho ha tenido en nuestras sociedades evidenciaremos como el sistema patriarcal se reproduce a partir de los imaginarios políticos hegemónicos occidentales, luego revisaremos aquellos mecanismos que, desde la ciencia jurídica consolidan en el derecho un sistema de subordinación para las mujeres. Finalmente, analizaremos como ambas se han expresado históricamente.

8.1. El derecho como expresión de un diseño de sociedad patriarcal.

¹⁹⁴ Amoros, Celia. Crítica a la Razón Patriarcal. Anthropos, 1990.

Nos referiremos brevemente a lo que llamamos elementos extrajurídicos que nutren al derecho de un imaginario de sociedad que se concretará a través de su sistema normativo.

La estructura del pensamiento filosófico, político y científico en occidente, descansa en una concepción del mundo y de los seres humanos forjada a partir de distinciones básicas, opuestas e irreconciliables. Esta forma de mirar el mundo y de analizar los fenómenos sociales y de la naturaleza, ha inspirado todos los imaginarios de organización social y política que los seres humanos se han dado y han nutrido el desarrollo y concreción del derecho.

Así, los modelos de relaciones sociales y políticas se estructuran desde una concepción de lo humano que opone masculino/ femenino en una relación polar y excluyente. Lo humano hombre, conformado por cuerpo/ alma-razón y finalmente cultura, no incorporó a la mujer, constituida desde el binomio cuerpo/-emoción, naturaleza¹⁹⁵? Hombres y mujeres, quedan irremediamente separados en las construcciones de los sistemas de organización social occidental cristianas y, en general censuradas las posibles mediaciones entre uno y otro (presencia de elementos femeninos en los varones y viceversa). La experiencia masculina es asumida como experiencia humana dando lugar a un sistema de dominación regido por la oposición jerarquizada masculino/femenino. A ella se sobrepondrá otro binomio, público/Privado que asignara espacios y roles distintos a hombres y mujeres¹⁹⁶

¹⁹⁵ Budo-Rey, María Jesús. Antropología de la mente, cognición, lengua e ideología cultural. Promoción Cultural, Barcelona, 1978.

¹⁹⁶No siempre la distinción se ha hecho en términos de público/privado lo que hace parte de la complejidad de la distinción. Para mayor profundidad, ver Pateman, Carol. "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en Perspectivas Feministas en teoría política. Paidós, Estado y Sociedad. Barcelona, 1996.

El paradigma cartesiano consolida estos dos mundos opuestos, uno relevante al conocimiento objetivo, científico: el mundo de los objetos (femenino); y otro el mundo reflexivo: (masculino), el de los sujetos. Las ciencias descriptivas y explicativas de lo humano se han encargado históricamente de confirmar y nutrir esta separación a partir de afirmaciones que arrancan de la diferencia anatomofisiológica entre el sexo masculino y el femenino. Así, las concepciones religiosas de la autoridad con respecto a la subordinación de la mujer fueron sustituidas o complementadas desde el conocimiento biológico llevando las teorías más allá de los datos objetivos, para poder encajar las concepciones preestablecidas de la superioridad masculina y la inferioridad femenina.

El pensamiento liberal confluye con el patriarcal¹⁹⁷ al establecer dos esferas separadas e independientes (público/ privado) con funciones opuestas para hombres y mujeres y al excluir a las mujeres frente a la pregunta por la participación, es decir la pregunta por quiénes debían ser considerados individuos libres e iguales. En efecto, recogen de la tradición del pensamiento filosófico y político, la oposición entre ámbito público y privado, expresados esta vez a través de múltiples conceptos que oponen Estado / familia, asuntos públicos/asuntos domésticos, sociedad civil/ familia, etc. y que servirán para justificar la legitimidad del varón a participar en los asuntos públicos mientras que excluirán a las mujeres del ejercicio de derechos civiles y políticos, confinándolas a la familia y subordinándolas a la autoridad del marido. Su rol estará dado ser-para-otros y cualquier transgresión a estos límites será resistida.

¹⁹⁷Idem.

Supuestos grandes pensadores de la tradición occidental, desde¹⁹⁸ los contractualistas como Hobbes, Locke, el romántico Rousseau, y hasta los liberales como J.S. Mill contribuyen con sus teorías a radicar las concepciones sobre dicha distinción, legitimando el poder para los varones, y/o consagrando la familia patriarcal. Hobbes parte de la premisa de que todos los seres humanos son iguales en tanto todos son igualmente capaces de matarse unos a otros.

Si la naturaleza no entrega los argumentos para la desigualdad, entonces, la autoridad debe necesariamente basarse en el consentimiento. Las mujeres quedan incluidas en esta argumentación. Son ellas las que en el estado de naturaleza ejercerían el "señorío" sobre los hijos. Sin embargo esta concepción sobre el estado de de naturaleza no explica que posteriormente las mujeres se encuentren subordinadas al marido, más aún si su tesis sobre la autoridad es que esta arranca del consentimiento. Esta incongruencia lo lleva a decir. que la familia se conforma "de un hombre y sus hijos, o un hombre y sus sirvientes o un hombre y sus hijos y sirvientes juntos, respecto de los cuales el padre o amo es el soberano". Asume la familia patriarcal como la primera unidad política y social para finalmente en sus "Diálogos sobre el *Common Law* establecer que la familia es una institución esencialmente natural. A partir de este enunciado Hobbes justifica la exclusión política de las mujeres subordinándolas al marido y no logra dar respuesta a su contradicción entre una concepción originaria igualitaria y una autoridad masculina sobre la mujer que presupone la desigualdad entre los sexos.

John Locke, filósofo inglés, cuyos aportes han sido considerados fundamentales para la ciencia política patriarcal tenía un dilema parecido.

¹⁹⁸ En realidad el origen de esta distinción se puede rastrear desde los filósofos griegos hasta nuestros días lo que hace que para muchos esta separación constituya una categoría transcultural y esencial a las sociedades humanas. Por supuesto, no estamos de acuerdo con dicha aseveración.

Parte aceptando que hombres y mujeres tienen igual poder sobre las y los hijos. Sin embargo, a pesar de que utiliza la "igualdad parental" para combatir el absolutismo en el ámbito político, también concluye que hay un fundamento en la naturaleza para la subordinación legal de la mujer a su marido. En definitiva, si bien el absolutismo en el ámbito de los asuntos públicos es repudiable, no lo es en los asuntos de familia.

El fundamento último está en la naturaleza ya que el hombre es más capaz y más fuerte. Justifica la exclusión política de la mujer sobre la base de que en la familia patriarcal, los intereses de la mujer se representan a la sociedad a través del marido. En efecto, la autoridad representativa en Locke era explicable en el ámbito público en tanto los intereses podían ser divergentes, no así en el ámbito de la familia en el que el marido era la autoridad y bien podía representar intereses menores, entre ellos los de la mujer. Tanto en Hobbes como en Locke finalmente el tema no es el individuo y su relación con la sociedad política y con la familia sino la autoridad masculina de la familia y su relación con la sociedad.

Jean Jacques Rousseau, uno de los filósofos más representativos de la tradición occidental parte también del estado de naturaleza, momento en el que hombres y mujeres, salvajes, solitarios y sin lazos, se asimilan al estado animal. Allí no hay conflictos y hombre y mujer son autónomos, libres y por ende iguales. Buscan satisfacer sus necesidades e impulsos, no existen relaciones estables y si bien la mujer es la que reproduce la especie, no existe más relación entre madre e hijo/a que la de que éste aprenda a sobrevivir. La familia, así como la sociedad y el Estado, para Rousseau, no son naturales y más bien productos históricos del desarrollo o evolución (involución¹⁹⁹) de los seres humanos. Es un producto cultural que se instala a mitad de camino entre

¹⁹⁹Rousseau se refería a su época como una etapa de involución en el desarrollo de la sociedad.

el estado de naturaleza y la segunda revolución marcada por la división social del trabajo y la propiedad privada de la tierra, época de la que emergen las desigualdades que rechaza. Este período intermedio constituye para él la época de oro, aquella en que el paso del nomadismo al sedentarismo da lugar a la familia nuclear patriarcal. Sin embargo, esta época caracterizada por la subordinación y dependencia de la mujer al hombre en la familia, no es señalada por él cómo una época de desigualdades. No explica cómo llega del estado de naturaleza o necesidad, en su caso, a la familia nuclear patriarcal y se contradice al fijar como valores la autonomía y la libertad del ser humano, para negárselos a las mujeres. Afirma la autoridad del marido sobre la mujer en base a los siguientes argumentos: Se requiere de una sola autoridad para dilucidar aquellos asuntos en que hay dos opiniones y no hay acuerdo; la mujer dada su función reproductiva se ve afectada por malestares en algunos períodos de su vida que limitan su actividad; y la más importante, la incerteza de la paternidad requiere que el marido tenga facultades de supervisión y control sobre la mujer²⁰⁰.

Rousseau centra su teoría política en la necesidad de minimizar las desigualdades y encontrar el sistema político que permitiera lograrlo²⁰¹. El Estado, para Rousseau, implica la renuncia a la libertad natural a cambio de la libertad civil de los ciudadanos que bajo éste se amparan. Las desigualdades se compensan a través de la sociedad política y la igualdad entonces, es la condición para la existencia del derecho a participar en el cuerpo político. De allí viene su concepto de "voluntad general", es decir, la unión de los hombres libres para la libertad. Sin embargo, ideas tan nobles de lo humano y de la convivencia quedan reducidas al género masculino en tanto no son aplicables a la familia para compensar las desigualdades existentes en

²⁰⁰Moller Okin, Susan. *Women in Western Political Thought*. Séptima edición. Princeton University Press, 1992; Facio, Alda. "Hacia otra teoría crítica del derecho", en este mismo texto.

²⁰¹Toda su teoría política se desarrolla en el Discurso de la Igualdad.

su interior. Más aún, sus propios escritos expresamente excluyen a las mujeres de la vida política en razón de que pertenecen a otro espacio y son de naturaleza distinta a la del hombre.

Esto queda de manifiesto en su obra "Emilio" en donde desarrolla las ideas para la educación diferenciada de hombres y mujeres. "Una mujer sabia es un castigo para su esposo, para sus hijos, sus criados, para todo el mundo. Desde la elevada estatura de su genio, desprecia todos los deberes femeninos, y está siempre intentando hacerse a si misma hombre".

En síntesis, cada uno de los principios que fundamentan la filosofía de Rousseau; el principio de igualdad y el rechazo al "derecho del más fuerte" el principio de igualdad política y la auto-determinación para elegir gobierno, no se aplica a la mujer. Más aún, al igual que Aristóteles y Locke, por nombrar algunos, terminan reafirmando la distinción Estado/ familia, público/privado y atribuyendo naturales y funciones distintas a hombres y mujeres en los respectivos espacios.

John Stuart Mill es quizás uno de los pensadores que hace de la igualdad política entre hombres y mujeres su principal postulado. En efecto no se trata dentro de la corriente utilitarista y de los aportes que recoge de las corrientes socialistas, de que sólo las mujeres logren mayores grados de felicidad, sino que también la sociedad en su conjunto. A mayor desarrollo del intelecto y de las potencialidades de los seres humanos, aumenta la calidad de la convivencia entre unos y otros. La superación de las desigualdades entre hombres y mujeres es, para Mill, una muestra del progreso de las sociedades. Rechaza las justificaciones biológicas sobre la inferioridad de las mujeres y señala que es el sistema y la falta de oportunidades para las mujeres, en todos los campos fuera de lo doméstico, el que determina las diferencias entre hombres y mujeres.

Reconociendo la importancia de su aporte, cabe señalar que al igual que sus predecesores, distingue dos esferas, la del Estado y la de la familia. Es su concepción sobre esta última la que limita sus postulados y premisas feministas. Su ideal de familia es la burguesa y en ese sentido él analiza la situación de las mujeres "dueñas de casa" de clase media. Si bien por una parte rechaza la legalización de la opresión a través del matrimonio, por otra considera a la familia como esencial para la humanidad. Más aún Mill aboga por la división sexual del trabajo en la familia al señalar que si bien las mujeres tienen que poder optar por una carrera, lo probable es que sigan prefiriendo el matrimonio, que para estos efectos, debe ser considerado como una carrera. Por ello, argumenta, las mujeres mantendrán una relación más cercana con los hijos /as y finalmente son irremplazables en la educación de los mismos. Desconoce para las mujeres la fuerza de otros factores de presión y justifica la división sexual del trabajo al interior del hogar al decir que esta es producto del consentimiento o la costumbre, en definición que no requiere intervención. Parte con ello, de la base que las mujeres *a priori* han dado su consentimiento para la subordinación frente a la autoridad masculina en la familia.

9. Hitos relevantes en el desarrollo del derecho y el reforzamiento del sistema de géneros

Históricamente, los hitos relevantes que legitiman al varón como titular del poder dicen relación con la ideología jurídica y la consecuente forma y estructura que ésta asume para conformar un sistema de coherencias estratégicas. Pese a responder a naturalezas distintas y a su concreción en diversos tiempos, adquieren especial importancia los procesos de codificación y sus productos, códigos civiles y penales, el principio de igualdad y los procesos de constitucionalización.

El proceso de codificación va más allá del significado particular de las normas que contiene. Los códigos son una expresión de los procesos de objetivación y abstracción universal, y conforman un sistema global de exclusión referido a un sólo sujeto que asume la representatividad de todos. El principio de igualdad es una de las expresiones ideológico-políticas que refuerzan la aparente neutralidad del derecho al aludir a un sujeto único, total y asexuado que es el titular de derechos en el espacio de lo público. Finalmente, los procesos de constitucionalización son el punto en que se entraman la ideología política y la jurídica, dando lugar a un determinado modelo de organización social.

1. La codificación como forma de estructurar el lenguaje normativo

"Código" en lenguaje jurídico es un conjunto de normas organizadas de acuerdo a un orden, dotado de unas unidades de materia, vigentes para todo el territorio y dirigidas a todos los súbditos de la autoridad estatal, emanado y publicado por esta autoridad. Son el resultado de procesos históricos y políticos de la época y se instalan como sistema que uniforma la realidad de hombres y mujeres.

Los códigos tienen, por una parte, el carácter de un libro de leyes que expresa la voluntad política de la autoridad de expandirse en un determinado territorio (Estado) y por otra, la definición y conocimiento de las materias reguladas y del sistema bajo el cual se estructuran las normas, más allá de los límites de tiempo y espacio. Es decir, tienen vocación de universalidad y objetividad. Ambos principios rectores de la codificación coexisten a pesar de que son expresiones de corrientes distintas en el derecho. En todo caso, se trata de homologar la forma de conocimiento del derecho a aquellas que provienen del campo de la ciencia empírica que tienen por objeto la verdad objetiva.

Los códigos responden a una concepción del derecho en la que a cada problema jurídico corresponde una respuesta cierta que, a su vez, Consiste en la solución derivada de premisas ciertas. Este tipo de raciocinio (constitutivo de lo nuestro pensamiento occidental) lleva a una estructura del precepto legal particular proposiciones que, como tales, son predicados de una cualidad de un ente. El ente equivale al sujeto gramatical, las cualidades son las condiciones del sujeto (padre, hijo, caballero) junto a las situaciones en que éste se encuentra (heredero, vendedor, etc.), y los deberes, las obligaciones y los derechos subjetivos²⁰²

Bajo este enfoque, las proposiciones jurídicas son siempre "verdaderas". En tanto tales, son coherentes y no contradictorias, y por lo tanto, susceptibles de relaciones lógicas homologables a cualquier otro tipo de proposiciones. Cualquier proposición jurídica por tanto, puede ser conocida a partir de las relaciones lógicas que se instituyen entre las proposiciones en general. El código no es una recopilación de leyes sino que plantea axiomas generales y fundamentales desde los cuales deductivamente se puede llegar a todas las soluciones jurídicas requeridas, y por otra parte, puesto que la deducción lógica tiene límites, se resuelven las dudas trabajando sobre las cualidades de los enunciados jurídicos, es decir sobre conceptos que puedan comprender el término o proposición en cuestión. En este sentido, más allá del precepto, es la sistemática y lógica de la relación entre las normas la que da certeza al derecho. Esta manera de concebir el derecho es útil a la ciencia del derecho pero no así a la creación jurídica. La idea de legislar era (y de alguna manera sigue siendo) vista como un error teórico pues el desafío consistía en el descubrimiento de nuevas implicancias en el derecho ya codificado.

²⁰² Tarello, Giovanni. Cultura jurídica y política del Derecho. Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1995.

Las principales codificaciones son aquellas que se desarrollan durante el siglo XVIII, en materias de derecho civil y penal. Inspiradas en Leibniz y Domat la codificación resuelve tres problemas que complican a los legisladores de aquella época. En primer lugar, la complejidad que presenta la pluralidad de status de los individuos o pertenencias a clases, principalmente desarrollada durante la Edad Media y que se resuelven por la vía de la abstracción y uniformación en un sujeto único. En segundo lugar, la pluralidad de modos de usufructo de los bienes que se soluciona a través de la creación de una propiedad abstracta, separada del objeto o función de la misma, vía disminución del número de proposiciones jurídicas en relación a los derechos de usufructo y disposición de bienes. Se establece el dominio como derecho absoluto de un sujeto implícito "hombre" sobre un bien, de modo que las limitaciones a éste puedan ser sólo temporales y excepcionales. Por último, la variedad de los bienes jurídicos (valores protegidos por el derecho penal) existente con anterioridad se reducen a través de la represión coercitiva y estableciendo grandes categorías de penas en materia penal.

Sin duda, el sistema de reglas jurídicas más simple es aquel en que el sujeto es único. Así, el sistema global se configura sólo sobre tres tipos de reglas: las que definen los predicados asignados al sujeto, las que atribuyen o revocan atribuciones de los predicados respecto del sujeto (mico, y las que regulan la compatibilidad entre los predicados. La multiplicidad de sujetos, en realidad predicados de la norma, llevaba a que las reglas se multiplicaran por el número de sujetos y se introdujeran otro tipo de reglas relativas a las relaciones entre sujetos.

Se introduce en el derecho una distinción entre los adjetivos que van en parejas contradictorias y aquellos que van en grupos que se sobreponen o se excluyen parcialmente. En el primer grupo los adjetivos corresponden a los sujetos que necesariamente tienen una u otra cualidad: macho-hembra, mayor-menor de edad, etc. En el segundo se ubican los adjetivos que no

necesariamente excluyen uno de los términos comprendidos: noble-caballero-cura-etc. Para Domat, los adjetivos en parejas contradictorias correspondían a cualidades naturales mientras que los otros a cualidades artificiales. Los adjetivos que corresponden a opuestos irreconciliables se asumen como permanentes y totales. La diferencia macho-hembra, hombre-mujer, por lo tanto, es incorporada como opuesto irreconciliable y se traslada del derecho natural a los códigos civiles. Por su parte, los adjetivos que admiten combinaciones reflejan los cambios en los contextos históricos y culturales.

El proceso de codificación pone fin a una concepción del derecho amparada en las particularidades de las relaciones que se estructuran y desarrollan en una sociedad. A partir de la codificación, no caben "excepciones" y todas pasan a ser concebidas y definidas de acuerdo al mismo parámetro, el de la subordinación frente al varón y la distinción público/privado. La existencia de un sujeto único es el resultado de un proceso de abstracción y objetivación que constituye a un sujeto necesariamente fuera de sus contextos. Las formas de organización social y de convivencia entre hombres y mujeres constituidas sobre la base de lugares específicamente asignados para unos y otros (mujer /privado-hombre / público) y los que las mujeres eran consideradas inferiores, evidencia que la abstracción del sujeto único y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina. Por lo tanto, el principio de economía con que se argumenta la creación del sujeto (mico de parte de, los juristas, hizo del varón el parámetro de lo humano en materia de ciudadanía y de relaciones jurídicas en las esferas pública y privada.

El Código Civil de Napoleón establece distintas categorías de sujetos y distingue, en primer lugar, entre aquellos que pueden hacer uso de todas las reglas: varones, sanos de mente y preferentemente casados; en segundo lugar aquellos que pueden hacer uso de algunas de las reglas: mujeres

mayores, no casadas o viudas; y, en tercer lugar, aquellos que definitivamente no pueden hacerlo por sí mismos: como las mujeres casadas.

De estos preceptos se desprenden las relaciones entre aquellos que tienen todos los derechos y aquellos que no y se establece una relación de dependencia entre los primeros y los segundos, y al mismo tiempo se estatuye el objeto de quienes ejercen los derechos, en otras palabras de las relaciones de posesión respecto de los bienes. El sujeto único del código civil se revela como un sujeto específico varón y no como el sujeto universal que aparenta ser, dejando al margen a grupos en razón de su sexo, clase, raza, estado de salud, edad o modos de comportamiento.

9.1. El principio de igualdad y el sujeto único

En el contexto de fines del siglo XVIII, y como consecuencia de la Revolución Francesa, la ideología igualitaria se traduce en postulados de igualdad ante la ley, que se estructuran a partir del sujeto único. En los hechos se refiere a una igualdad frente a las diferencias de clase y religiosas, entre pares varones. El principio de igualdad ante la ley fue la cristalización de la lucha de una clase por ser incorporada al poder y el freno a la autoridad absoluta a partir de un estatuto de derechos humanos. Sin embargo, la incorporación de las mujeres no fue considerada, puesto que este movimiento fue pensado para transformar la realidad de algunos sectores de varones que, constituidos en una nueva clase, exigían su derecho a ser incorporados. Con posterioridad y, a partir del concepto que encierra el principio de igualdad, otros sectores fueron exigiendo su incorporación a la sociedad política y civil (es el caso de los obreros, inmigrantes, etc). ¿Qué es la igualdad? ¿Se postula ser igual a qué o a quién? ¿Es posible considerar a hombres y mujeres iguales teniendo en cuenta sus explícitas diferencias? El término idéntico se utiliza

como sinónimo de igual, y la identificación dice más relación con aquellos que, básicamente no son diferentes físicamente. Epistemológicamente el principio de igualdad no fue un intento de superar todos los tipos de discriminación sino aquellas que en el espacio público se vivían entre grupos de varones.

El derecho introduce diferencias que en la práctica hacen que el sujeto único, como abstracción necesaria para la existencia de leyes breves, precisas y claras, requiera un soporte ideológico: la igualdad. Al revés, el proceso de objetivación, abstracción universal y neutralidad permiten a la ideología de la igualdad concretarse en el derecho. Así igualdad política y sujeto único confluyen para organizar la vida social de hombres y mujeres en la igualdad jurídica o "ante la ley".

A la hora de los resultados, sin embargo, queda más claro el logro respecto del sujeto único que respecto a la igualdad. En efecto, la unidad del sujeto de derecho expresada en el Código Napoleónico y el Código Civil Universal Austríaco, de 1804 y 1811 respectivamente, y el Código Penal de José II de 1787 y el de Napoleón de 1810, es el logro de este proceso. Sin embargo, no se consideró al sujeto mujer como parte de los sujetos discriminados respecto de los cuales se buscaba la igualdad. Así la diferencia hombre / mujer se instalaba de forma discriminatoria en la limitación de la capacidad jurídica a la mujer, en el caso del código civil. Tampoco se explicita la discriminación sobre el sujeto mujer entre quienes podían ser agresores o víctimas de un delito pero sí en las atenuantes o agravantes de la acción delictiva, normas en las que ser de uno u otro sexo hacía una gran diferencia a la hora de adjudicar o eximir de responsabilidades penales. Es esta técnica de regulación que consagra al sujeto único a la vez que mantiene las diferencias en el predicado del enunciado jurídico, la que se consolida y dará lugar al objetivismo jurídico.

La igualdad ha sido reivindicada tanto política como jurídicamente por las mujeres: igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, igualdad de trato, etc. En una primera etapa, se trataba de exigir a la razón de la igualdad el máximo de razonabilidad. En una segunda, el concepto se complejidad complementándose con el principio de no discriminación, hasta abrirse al tema de la diferencia. En efecto, la igualdad, en tanto concepto, ha presentado complicaciones en su aplicación que han llevado nuevamente a situaciones de discriminación. Una muestra de ello es lo que dice relación con la función y el lugar que mujeres y hombres cumplen en el ámbito de la reproducción biológica. Reconocida esta diferencia, cabe hacerse la pregunta si la sola premisa de la igualdad permitiría superar la discriminación de las mujeres. Por otra parte, las medidas de discriminación positiva o acción afirmativa, que promueven la igualdad de las mujeres en el ámbito del trabajo remunerado o de la participación política, no alteran los lugares y funciones asignados a las mujeres en el ámbito privado. Así, estas iniciativas se traducen en un mayor costo social para mujeres quienes, además de SUS roles tradicionales y de su incorporación al mercado formal del trabajo, deben asumir la participación en instancias de poder político, en desigualdad respecto de los varones por el aumento de las responsabilidades²⁰³

II.VIOLENCIA SEXUAL

*“Cuando te sientes perseguida y sabes que tu vida
no vale nada sólo piensas en escapar
en busca de paz y seguridad.
Nicole Ndongala*

²⁰³ Para mayor profundización , ver Facio, Alda. "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en este mismo texto; Will

Relación sexual violenta o involuntaria. Se trata de un delito muy grave sancionado por todas las legislaciones penales nacionales, al igual que por el derecho internacional. La violación sexual o el acceso carnal violento, según la más reciente definición jurisprudencial acuñada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en su sentencia condenatoria por genocidio en el caso Akayesu (1998), es “todo acto de penetración física de naturaleza sexual, cometido sobre una persona de otro bajo el imperio de la coerción”

Se comprende aquí todo tipo de actos o contactos de carácter agresivo, involuntario o violento que afecten el honor, el pudor o la libertad sexual, incluidos los que tienen lugar entre conyugues, parientes y personas del mismo sexo, y los que se practican con engaño o mediante abuso de la autoridad o la confianza.

La violencia sexual constituye un crimen humanitario, según el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 50 del primer Convenio, el artículo 51 del segundo Convenio, el artículo 130 del tercer Convenio, los artículos 27 y 147 del cuarto convenio, el artículo 76 del Protocolo adicional I de 1977 y el artículo 4 del Protocolo adicional II, y el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, tipifica la violencia sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales graves como crímenes de lesa humanidad en el artículo 7(1)(g).

La criminalización internacional de la violación sexual en los estatutos de los tribunales ad hoc del Consejo de Seguridad y de la

Corte Penal Internacional es una consecuencia directa de la profunda indignación que produjeron en la comunidad mundial las innumerables atrocidades sexuales perpetradas.

“La violencia sexual Es todo acto por el cual una persona en relación de poder y por medio de la fuerza física, coerción o intimidación psicológica, obliga a otra a ejecutar un acto sexual contra su voluntad, o a participar en interacciones sexuales que propician su victimización y de las que el ofensor obtiene gratificación . La violencia sexual ocurre en una variedad de situaciones como la violación en el matrimonio o unión de hecho, el abuso sexual infantil, el incesto, el acoso sexual, y la violación en una cita. Incluye, entre otras: caricias no deseadas, relaciones emocionales sexualizadas, penetración oral, anal o vaginal con el pene u objetos, exposición obligatoria a material pornográfico, voyeurismo y exhibicionismo” (OPS, 2006, p. 7)

En el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud (2002) se define la violencia sexual como:

“...todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo...”.

De igual forma, en el referido informe se señala que la **coacción** puede abarcar una amplia gama de grados de uso de la fuerza, además de la fuerza física, puede entrañar la intimidación psíquica, la extorsión u otras amenazas, como la de daño físico, la de despedir a la víctima del trabajo o de impedirle obtener el trabajo que busca.

Además de forma categórica se establece en el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud (2002) que la violencia sexual puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento, por ejemplo, porque está ebria, bajo los efectos de un estupefaciente, o dormida o es mentalmente incapaz de comprender la situación

1. Formas de la violencia sexual

De acuerdo al Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud (2002, p. 161-162) son formas de violencia sexual las siguientes:

1.1. La violación, siendo definida como la penetración forzada físicamente o empleando otros medios de coacción, por más leves que sean, de la vulva o el ano, usando un pene, otras partes corporales o un objeto.

Abarcando:

1. El intento de realizar algunas de las acciones mencionadas se conoce como *intento de violación*.
2. La violación de una persona llevada a cabo por dos o más agresores se denomina *violación múltiple*.
3. La violación en el matrimonio o en las citas amorosas;
4. La violación por parte de desconocidos;
5. La violación sistemática durante los conflictos armados;

1.2. Las insinuaciones o el acoso no deseados de carácter sexual, con inclusión de la exigencia de mantener relaciones sexuales a cambio de favores:

- El abuso sexual de personas física o mentalmente discapacitadas;
- El abuso sexual de menores
- El matrimonio o la cohabitación forzados, incluido el matrimonio de menores;

- La denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar otras medidas de protección contra las enfermedades de transmisión sexual;
- El aborto forzado;
- Los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres, incluida la mutilación genital femenina y las inspecciones obligatorias para comprobar la virginidad;
- La prostitución forzada
- La trata de personas con fines de explotación sexual.

2. La violencia de género como violación de los derechos humanos

¿Es posible hablar de derechos humanos de las mujeres? ¿Se trata de una categoría especial? Sin duda ha debido transcurrir mucho tiempo, enormes esfuerzos y un arduo debate para llegar a una especie de consenso, en el sentido de reconocer que las mujeres se encuentran expuestas a ciertas violaciones de derechos, precisamente debido a su género y que son especialmente vulnerables a ellas, lo que conlleva la necesidad de reconocer las referidas particularidades desde diversos ámbitos, uno de los cuales es el derecho y específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En condiciones de igualdad con los hombres las mujeres gozan de todos los derechos y libertades, así como al respeto de su autonomía, de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Además de los derechos

consagrados en estos instrumentos, en América Latina y el Caribe se han levantado voces que reclaman para las mujeres derechos específicamente contextualizados. Al respecto, Lefort, Claude (1987), comentan que:

De este modo, se demanda el derecho a ser agentes y beneficiarias del desarrollo, en vista de la intensificación de la desigualdad social y el impacto de la crisis, el costo social de las políticas de ajuste estructural y las limitaciones de las políticas sociales para compensar los efectos de los cambios económicos. También se exige el derecho a la participación social y política, en el marco de un desarrollo equitativo que otorgue poder de decisión a todas las personas. Asimismo, se reivindican los derechos reproductivos, entendidos como el derecho de la mujer a recibir atención adecuada durante el embarazo, el parto y el puerperio, a tener acceso a anticonceptivos debidamente controlados, a decidir cuándo desea tener hijos y cuántos hijos tener y, sobre todo, a ejercer control sobre su cuerpo. 204

Aún pesa el hecho de que el paradigma de los derechos humanos se construyó a partir del supuesto de que los derechos civiles y políticos individuales encuentran su espacio en la vida pública, lo que lleva a ignorar las violaciones que ocurren en el seno de la familia. De esta manera, los delitos contra las mujeres se consideran como tales en la medida en que se aproximan a las situaciones tipificadas en los códigos y los tratados.

Por tal motivo, las mujeres comenzaron a luchar por la resignificación y ampliación de los derechos reconocidos internacionalmente, de modo que las relaciones de género se consideren un espacio de expresión de la desigualdad; además, han planteado la necesidad de hacer una nueva lectura de las esferas pública y privada y, por lo tanto, del ámbito en que se enmarcan los derechos humanos, ya que esta dicotomización ha limitado la ciudadanía de las mujeres.

204 Lefort, Claude (1987), Los derechos del hombre y el estado benefactor, Vuelta, julio.

La violencia de género en el hogar constituye una flagrante transgresión de los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Entre otras cosas, la violencia contra las mujeres es una violación del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); del derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); de la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (art. 7); del derecho a recurrir a un tribunal imparcial (arts. 8 y 10); del derecho a circular libremente (art. 13), y de la libertad de reunión y asociación (art. 20).

Por otra parte, se ha comenzado a reconocer que la violencia de género constituye una violación del derecho a la identidad, puesto que refuerza y reproduce la subordinación de la mujer al varón, así como la distorsión del ser humano; del derecho al afecto, debido a que la violencia es la antítesis de toda manifestación de esa índole; del derecho a la paz y a relaciones personales enriquecedoras, ya que es una forma negativa de resolución de conflictos; del derecho a la protección, debido a que crea una situación de desamparo, que no proviene sólo del esposo y la familia sino también del Estado, que niega protección a las mujeres, y de la sociedad que invisibiliza el problema; del derecho al desarrollo personal, puesto que las víctimas sufren una parálisis psicológica que les impide desarrollar su potencial creativo; del derecho a la participación social y política, debido a que coarta la realización de actividades extradomésticas (con excepción de las mínimas relacionadas con los roles tradicionales), como la participación en organizaciones, grupos o reuniones; del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a una salud física y mental óptima.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo séptimo período de sesiones, (Naciones Unidas, 1993c), concordó en que:

La violación de los derechos humanos de las mujeres no se limita a los actos cometidos o amparados directamente por los gobiernos, sino que éstos tienen responsabilidad social y política por los cometidos por terceros si no han tomado las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar actos de violencia. 205

De acuerdo con este criterio el Estado pasaría a ser cómplice de los hechos cuando no ofrece a las mujeres la protección necesaria frente a la violación de sus derechos, así como por actuar en forma discriminatoria al no prevenir y castigar los actos de violencia de género, negando a las mujeres la protección de la ley en condiciones de igualdad. De igual manera, la incapacidad del Estado para poner fin a las condiciones sociales, económicas y culturales que hacen vulnerables a las mujeres ante la violencia de género determina que sea responsable de ésta, puesto que debe contribuir activamente a erradicar las injusticias y desigualdades que se manifiestan en las relaciones de género.

Debido a que los derechos humanos son indivisibles, no se pueden reconocer o defender algunos más que otros. Los derechos de las mujeres deben recibir la misma atención que los demás y en conjunto con aquellos que suelen considerarse más apremiantes o importantes. La aplicación de un enfoque integrado con respecto a los derechos humanos es lo único que puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, para que no se reduzcan a meras categorías formales.

3. Consecuencias de la violencia sexual

El impacto que reciben las mujeres por la exposición a los actos violentos, por lo general sorpresivos, es alto y trae consecuencias físicas, mentales y emocionales, siendo comunes los cuadros depresivos, sentimientos de

205 Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos se reconocen los derechos de las mujeres como derechos humanos.1993 (Pág. 55),

indignidad, pérdida de autoestima, conductas adictivas y/o autodestructivas, intentos de suicidio, fantasías de muerte del agresor u homicidio del mismo, en ti caso que se trate de violencia sexual en el contexto de una relación de pareja las consecuencias en las víctimas son más devastadoras que las que podría ocasionar un ofensor extraño o desconocido por lo cotidiano e imprevisible de los ataques, la ruptura de la confianza en el compañero y la falta de seguridad en el espacio que habita, que se vivencia como una prisión (Fontana, Beatriz, 2004:37-38).

Dentro de las consecuencias de la violencia sexual, en el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud (2002), se establecen las siguientes:

- 1) Lesiones a nivel físico.
- 2) Suelen producirse defunciones (muerte), aunque su prevalencia varía considerablemente de un lugar a otro.
- 3) El embarazo y las complicaciones ginecológicas.
- 4) Una experiencia de relaciones sexuales forzadas a temprana edad reduce la capacidad de la mujer para considerar que puede ejercer control sobre su sexualidad.
- 5) Enfermedades de transmisión sexual.
- 6) La salud mental: la violencia sexual se ha asociado con diversos problemas de salud mental y de conducta en la adolescencia y la edad adulta, llegando a presentarse depresión, entre otras enfermedades.
- 7) La víctima siente vergüenza y tiende a responsabilizarse del hecho.
- 8) La víctima es estigmatizada socialmente, como consecuencia de los estereotipos y prejuicios existentes.

9) Conductas suicidas

10) Ostracismo social: en muchos ámbitos culturales se sostiene que los hombres no pueden controlar sus impulsos sexuales y que las mujeres son las responsables de provocar esos deseos. La forma en que las familias y las comunidades reaccionan ante los actos de violación en esos ámbitos se rige por las ideas predominantes sobre la sexualidad y la situación jurídica de las mujeres.

11) Los hombres pueden rechazar a sus esposas si han sido violadas y, como se ha señalado, en algunos países la mujer puede ser expulsada de la comunidad o, en casos extremos, asesinada, a fin de recobrar el honor perdido.

Una de estas consecuencias se encuentra reflejada en el testimonio de una mujer que sobrevivió al Genocidio de Rwanda de 1994 en el Informe de ONU MUJERES (2011) donde señala textualmente:

Estoy completamente sola. Mis familiares fueron asesinados de manera atroz. Pero yo sobreviví, para contestar las extrañas preguntas que me realizó el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Si dices que fuiste violada, eso es algo comprensible. ¿Cuántas veces tienes que decirlo?... Cuando regrese todo el mundo sabía que yo había testificado. Mi prometido rehusó a casarse conmigo una vez que supo que me habían violado... hoy en día no aceptaría testificar para ser traumatizada de nuevo. Nadie se disculpó conmigo... Mi casa fue asaltada. Mi prometido me abandonó. De todos modos, ya estoy muerta..."

Como se desprende del testimonio fue una sobreviviente de tan terribles

acontecimientos, perdió a sus familiares, fue violada y tuvo que declarar muchas veces ante el Tribunal, sin contar con una atención integral que la pudiera preparar para lo que significa testificar en un juicio, además cuando regresó a su comunidad su casa fue asaltada, su prometido la abandonó cuando se enteró que había sido violada, todo se resume en “ *Hoy en día no aceptaría testificar para ser traumatizada de nuevo* , y a esto se enfrentan muchas víctimas de la violencia sexual, como consecuencia de todo el estigma que conlleva ser víctima de algún delito sexual, por esta razón, es necesario que los funcionarios y funcionadas de la Administración de justicia Penal se encuentren debidamente capacitados y capacitadas para atender a las víctimas. Como bien, se expresa en el Informe de ONU MUJERES (2011:11)”... *Y como la mujer de Rwanda, cuya experiencia de testificar en los tribunales reforzó el estigma y la vergüenza vividos por la violación, las mujeres desean poner fin a la impunidad y que el proceso de acceder a la justicia sea digno y las empodere...*”.

Por todo lo anteriormente expuesto, es necesario tener presente como lo señala Fontana, Beatriz (2004:71-73) que las mujeres víctimas de violencia sexual atraviesan desde el momento en que se produce el hecho traumático diferentes situaciones y estados psicológicos caracterizados por las siguientes fases:

- a) PRIMERA FASE (DE REACCIÓN O DE SHOCK EMOCIONAL): se produce un cuadro de ansiedad y temor generalizado, que tiene una duración breve o puede mantenerse por varios días. En esta primera fase se enfrentan procesos internos plagados de indecisiones, en los que se considera si denunciar o no lo ocurrido, además se tienen sentimientos de inseguridad personal.

b) SEGUNDA FASE (DE DESORGANIZACIÓN, DESEQUILIBRIO) en esta fase es probable que se manifiesten deseos de venganza y tendencia a responsabilizarse de los hechos, puede durar semanas o meses.

c) TERCERA FASE (DE REORGANIZACIÓN A LARGO PLAZO): son por lo general reacciones adaptativas al hecho traumático intentando su elaboración e incorporación a la historia vital personal.

En lo que respecta al sentimiento de culpa, las víctimas pueden experimentar más sentimiento de culpa cuando los agresores son personas conocidas, en este caso el abuso de confianza sufrido y la decepción experimentada generan en la víctima, además de una desconfianza generalizada en el ser humano, preguntas reiteradas acerca de su propia conducta, la víctima se pregunta cómo se pudo confiar de esta persona, si ella dio pie con su conducta, aunque sea indirectamente a ese abuso de confianza (Echeburúa, Enrique, 2005:62). En conclusión, a nivel general se puede afirmar que la violencia sexual tiene las siguientes consecuencias para la *víctima* del hecho traumático:

1. A nivel físico

a) Lesiones

b) Síndrome de intestino irritable,

c) Enfermedades infectocontagiosas,

d) Se puede ocasionar la muerte a la víctima, en este caso se estaría en presencia de un feminicidio sexual, porque se ocasiona la muerte intencionalmente a la mujer para asegurar la impunidad del delito sexual.

2. A nivel psicológico:

- a) Estrés crónico
- b) Depresión, tristeza,
- c) Ansiedad,
- d) Angustia,
- e) Pánico, Inseguridad,
- g) Desconfianza,
- h) Sentimientos de ira
- i) Humillación
- j) Vergüenza
- k) Autoacusación, sentimientos de culpa
- J) Falta de visión de futuro
- m) Deterioro psicológico generalizado
- l) Dificultades en la toma de decisiones
- m) Llegan a manifestar dependencia emocional
- p) Dificultades en el sueño, pesadillas
- q) Ideas suicidas
- r) Enojo, rabia y resentimiento
- s) Pérdida de confianza personal
- t) Tendencia al aislamiento.

3. A nivel sexual

- a) Lesiones pélvicas

- b) Disfunciones sexuales
- c) Miedo a las relaciones sexuales
- d) Funcionamiento sexual disminuido
- e) Embarazos no deseados,
- f) Abortos espontáneos
- g) Enfermedades de transmisión sexual.
- h) Dificultad para el establecimiento de relaciones de pareja

4. A nivel familiar:

Las parejas en ocasiones tienden a rechazar a las víctimas de violencia sexual.

La víctima puede llegar a ser estigmatizada por su propia familia.

4. Síndrome de la mujer agredida (SMA)

El "Síndrome de la Mujer Agredida o Maltratada" es un concepto acuñado por la profesora norteamericana Leonore Walker en 1984 en su libro *Battered Women Syndrome*²⁰⁶ y desarrollado con más detenimiento en 1992, en su obra *Battered Women Syndrome and Self Defense*²⁰⁷. Lo elaboró a partir de un estudio de 120 mujeres a las cuales les hizo detalladas entrevistas y de

²⁰⁶ Walker, Leonore. *Battered Women Syndrome*. Springer, New York, 1984.

²⁰⁷ Walker, Leonore. "Battered Women Syndrome and Self Defense". *6 Notre Dame JL. Ethics & Pub. Pol`y* (1992).

un análisis de fragmentos de historias de 300 mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas²⁰⁸.

Este síndrome es considerado una subcategoría del Trastorno por Stress Post Traumático que consiste en "un conjunto de pensamientos, sentimientos acciones que lógicamente siguen una espantosa experiencia que uno espera que se pueda repetir"²⁰⁹

El Trastorno por Stress Post Traumático, es un desorden en la ansiedad, universalmente reconocido por la comunidad psicológica. Las personas que lo padecen, y por tanto quienes viven el SMA, experimentan tres grupos de síntomas, cada uno de los cuales puede ir acompañado por cambios neuroquímicos y físicos. Estos grupos son²¹⁰:

- Disturbios cognitivos, incluyendo recuerdos invasivos repetitivos y flash-backs, que causan que la mujer maltratada experimente nuevamente fragmentos de incidentes agresivos anteriores, incrementando y alterando con esto su percepción de peligro y su inminencia.

²⁰⁸ Nuestra experiencia de trabajo interdisciplinario con víctimas de violencia doméstica en el Centro de Atención Psicológica y Legal a la Mujer Maltratada de la Municipalidad de Conchalí (Santiago Chile, 1991-1993) y en el Instituto de la Mujer (Santiago, Chile, 1991-1993 en forma continua, 1994-1997 esporádicamente), nos confirma que aquellas mujeres que habían vivido o estaban viviendo maltrato severo por muchos años, se encontraban afectadas en mayor o menor medida por el Síndrome de la Mujer Maltratada que describe Leonore Walker.

"hecho de la razón", como principio de la moral no podía a su vez deducirse o fundamentarse, COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L., La teoría de la justicia de Immanuel Kant, Centro de Estudios Constitucionales, "El Derecho y la Justicia", Madrid, 1994, pp. 99-103. Vid., también, ZUBIRI, X., Cinco lecciones de filosofía, op.cit., p. 97

²⁰⁹ "Walker, Battered Women Syndrome and Self Defense", op. cit.

²¹⁰ Walker Battered Women Syndrome, op. cit.

- Síntomas de alto nivel de excitación o ansiedad, que le provocan a la mujer maltratada alteración en su sistema nervioso, aprensividad e hipervigilancia, afectándole su estimación de las acciones necesarias para protegerse.
- Síntomas de invalidación, incluyendo depresión, negación, minimización y represión, comúnmente llevando a la mujer al aislamiento y a la no visualización de sus propias necesidades como persona.

Aplicando lo anterior al caso específico de las mujeres maltratadas por sus parejas, ellas vivirían una serie de importantes trastornos emocionales, de los cuales los que se evidencian más claramente son: "angustias, miedos y terrores, indefensión, apatía, pasividad, bloqueos mentales, resignación, ideas y tentativas suicidas, cambios bruscos de humor y depresión, acompañados de deterioro de la personalidad y minusvaloración"²¹¹.

Entre los "trastornos psicossomáticos más frecuentes encontramos: cefaleas, úlceras, alteraciones del sueño, anemia, inapetencia, hipertensión²¹², bulimia, colon irritable y en general dolores en diversas partes del cuerpo. Además, las mujeres bajo el Síndrome "se sienten responsables por la conducta del agresor y niegan la rabia que sienten hacia él"²¹³.

A lo anterior debemos sumar lo que algunas autoras han denominado la "cultura del maltrato"²¹⁴ dentro de la cual se encuentra envuelta la pareja. Esta cultura comprende varios elementos, pero para los efectos del presente

²¹¹Cáceres, Ana y Baloian, Ignacio. *Efectos de la violencia doméstica, en Violencia Intrafamiliar: Perspectiva Psicosocial y Jurídica*. Instituto de la Mujer y Semam, Chile, 1996.

²¹² Idem.

²¹³ McClure, Sue E. "The Battered Woman Syndrome and the Kentucky Criminal Justice System: Abuse Excuse or Legitimate Mitigation?" 85 Ky. L. J 169 (1997).

²¹⁴ Fischer, Karla; Vidmar, Neil; y Ellis, Rene. "The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases", en *Southern Methodist University Law Review*. Verano, 1993. Traducido por la autora.

trabajo, sólo consideraremos lo que dice en relación con la comunicación en la pareja. Así, en toda relación de pareja, con violencia o no, existe una cultura, es decir, "cierta información y conocimiento compartido codificado en sistemas de símbolos"²¹⁵. A través de la interacción cotidiana y de la historia compartida cada pareja desarrolla formas de comunicación muy particulares, como frases, gestos, palabras, bromas privadas, tonos de voz, tocamientos, etc., que son misteriosas o no detectables para otras personas pero con muy claros significados para la pareja.

Así, para una mujer que vive violencia, un guiño, una mirada, un gesto que le dirija su agresor constituyen avisos o advertencias que le permiten prever que la agresión está cerca. Por tanto, para una mujer que está viviendo el SMA son una amenaza muy fuerte ya que siente que no podrá hacer nada para evitarla.

Graciela Ferreira, por su parte, también plantea la existencia del SMA, señala: "Los abusos sobre el cuerpo, la vida, la integridad psicológica y la libertad, en el caso de las mujeres, generan el "Síndrome de la Mujer Maltratada", esto es, un conjunto de síntomas que coinciden con los efectos tipo "campo de concentración"²¹⁶.

Además, "como las víctimas de maltrato son mantenidas en el aislamiento, su vida social se va reduciendo a su mínima expresión, sin amistades y sin vínculos familiares. Puede darse también abandono del trabajo. En el área de las habilidades interpersonales se van haciendo cada vez más hipoasertivas. Las degradaciones, castigos, amenazas, humillaciones

²¹⁵ Ferreira, Graciela, *La Mujer Maltratada: Un Estudio sobre las Mujeres Maltratadas*. Sudamericana, Bs.As., 1989.

²¹⁶ Idem.

y manipulaciones a las que son expuestas las conducen a la vulnerabilidad extrema y a la precariedad existencial"²¹⁷.

Leonore Walker basó su teoría del SMA en dos importantes conceptos²¹⁸: la Teoría del Desamparo Aprendido y la Teoría del Ciclo de la Violencia. El "desamparo aprendido" es una suerte de parálisis psicológica que la mujer maltratada vive y que contribuye a que ella permanezca en la relación abusiva. Es una teoría psicológica del aprendizaje, que señala que la mujer luego de recibir repetidamente maltrato, empieza a percibir que ella no puede controlar la situación de abuso²¹⁹.

Producto de lo anterior, empieza a operar una sensación de desamparo en la mujer, la cual ha ido aprendiendo con la repetición de las agresiones físicas y/ o psicológicas, y como efecto la percepción se transforma en realidad y ella empieza a actuar pasiva, sumisa y desamparadamente. De manera que disminuye en ella la motivación de respuesta y cambia su habilidad cognitiva para percibir los hechos en una relación. Ella no cree que su comportamiento pueda influir en la detención de la violencia en su contra; ella no puede pensar en alternativas y siente que es incapaz y demasiado estúpida para aprehender como cambiar la situación²²⁰.

En cuanto al segundo concepto, es necesario precisar que la violencia no ocurre en forma permanente en la mayoría de las relaciones de pareja.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Walker, Leonore. *The Battered Woman*. Harper Colophon Books, New York, 1979.

²¹⁹ Tofel, Hope. Crazy Woman, "Unharmed Men, and Evil Children: Confronting the Myths about Battered People Who Kill their Abusers, and the Argument for Extending Battering Syndrome Self-Defenses to All Victims of Domestic Violence". *70 S. Cal. L. Rev* 337 (1996).

²²⁰ Walker, *battered Women Syndrome*, op. cit.

existe un ciclo predecible que a lo menos consta de tres fases²²¹: Acumulación de tensión, episodio violento y arrepentimiento o luna de miel forzada.

El carácter cíclico de violencia doméstica y cada una de sus etapas nos permite explicarnos por ejemplo, porque la mujer permanece en la relación abusiva y nos deja ver que los agresores se ven afectados por la violencia, que durante la fase de tensión el nivel de stress para la mujer es muchas veces tan insoportable que empieza a desear que la violencia venga de una vez para acabar con ésta etapa, lo cual se confunde con los mitos que las mujeres le gusta que le pegue o que ella provocan al agresor.

Con el paso del tiempo, las fases de tensión se va agudizando y ocurre con menos intervalos de tiempo; y la fase de arrepentimiento se va a cortando y con ello perdiendo su carácter reforzador de la permanencia en la relación abusiva. Muchas mujeres maltratadas terminan su relación con el agresor cuando se da este cambio en el ciclo²²² ser capaces finalmente de dejar a su agresor; para otras es permanecer en la relación y sufrir varias formas de "muerte psicológica"; y para algunas pocas ésto implica matar a sus agresores".

4.1. Críticas al Síndrome de la Mujer Agredida o Maltratada SMA y otras teorías

Críticas a la teoría del SMA 0 a su utilización en las cortes.

²²¹ Para Teoría del Ciclo de Violencia, ver Walker, *The Battered Woman*, op. cit; Ferreira, op. cit.

²²² Walker, Leonore; Thyfault, Roberta; y Browne, Angela. "Beyond the Jurors: Battered Women". *Vertmon Law Review*, Estados Unidos, 1982, págs. 1-9.

El amplio y vago marco en que se ha estado usando el concepto de SMA ha generado una serie de críticas en su contra. Las principales críticas que se le formulan son²²³:

En cuanto a su denominación, SMA, se señala que es inexacta y engañosa ya que tiene una connotación patológica que sugiere que la mujer maltratada sufre de una enfermedad. Un síndrome es definido como un número de síntomas que ocurren al mismo tiempo y caracterizan a una determinada enfermedad. Si bien no está presente la idea de enfermedad mental, la connotación de enfermedad está presente en la palabra síndrome. Esta palabra cambia el centro del problema desde la racionalidad hacia la mujer.

El SMA no refleja las diversas realidades de las mujeres maltratadas. No existe un solo síndrome que la mujer maltratada desarrolle. Las experiencias de las mujeres maltratadas, psicológica y/ o físicamente por sus parejas, si bien tienen elementos comunes, son diversas y muy complejas. De manera que no podemos pretender aplicar a todos los casos el mismo modelo y, por tanto, se requiere una redefinición para incluir el amplio espectro cognitivo, emocional, conductual y de reacciones psicológicas hacia la violencia²²⁴.

El término mujer maltratada, que se maneja en el SMA, es rígido y estático e implica la existencia de un modelo o patrón o estereotipo que excluye la diversidad de mujeres y de experiencias. Y tiene, además, el riesgo de que un juez estime que una mujer no cabe dentro de esta definición, con las consecuencias negativas que esto implica para su defensa.

²²³ Glendon, Andrew J. "Battling Domestic Violence Through the Admission of Character Evidence" 28 *Pac. L. J.* 789 (1997)

²²⁴ Dutton. Mary Ann. "Understanding Women's Responses to Domestic Violence: A Redefinition of Battered Woman Syndrome". 21 *Hofstra L. Rev* 1191, pág. 1197 (1993)

El SMA crea una imagen de la mujer como víctima sufriente, más que como activa sobreviviente. Implica la victimización de la misma, no obstante que la mujer es sobreviviente, activa buscadora de ayuda, con extraordinarias habilidades para buscar estrategias de sobrevivencia para sí y sus familias. Presenta, por tanto, el riesgo de reforzar la visión de las mujeres como pasivas, enfermas, sin poder y víctimas, con las consecuencias negativas que esto tiene, por ejemplo, la pérdida de la custodia de los(as) hijos(as)²²⁵.

El desamparo aprendido no puede ser aplicable a mujeres que matan a sus agresores, puesto que con esta acción están demostrando que no son pasivas y de que sí intentan salidas a su problema. Las mujeres que matan son a la vez agentes y víctimas²²⁶.

Introduce una implícita distinción entre "buenas" y "malas" mujeres maltratadas, siendo las buenas, aquellas que son pasivas, leales dueñas de casa y cariñosas compañeras de sus abusadores; y las malas, aquellas que llaman a la policía o solicitan protección continuamente. Esta distinción perjudica aún más a las mujeres de color, estereotipadas como de "armas a tomar", activas y de mal carácter²²⁷.

El SMA centra más la atención en la mujer maltratada que en el comportamiento coercitivo y controlador del agresor²²⁸. En esta línea hay una autora que llega a sostener que los agresores son tiranos de carácter privado

²²⁵ Coughlin, Anne. "Excusing Women". 82 *California Law Review* 1 (1994)

²²⁶ Schneider, Elizabeth. "Resistance to Equality". 57 *University of Pittsburgh Law Review* 477, pág. 499 (1996)

²²⁷ Allard, Sharon. "Rethinking Battered Women Syndrome: A Black Feminist Perspective". 1 *Ucla Women's Law Journal* 191, pág. 197 (1991)

²²⁸ Stark, Evan. "Re-presenting Woman Battering: From Battered Woman Syndrome to Coercive Control" 58 *Alb. Law Review* 973 (1995).

y, por tanto, su asesinato es un acto moralmente justificado y legalmente deben ser tratados como homicidio justificado bajo ciertas circunstancias²²⁹.

La presentación en juicios del testimonio de expertos(as) en el SMA no permite que éstos(as) vayan más allá de las reacciones psicológicas hacia la violencia, siendo importante para una mejor defensa un enfoque más integral.

Por su parte, los partidarios(as) del SMA sostienen que:

- Sirve para rehabilitar la credibilidad de la mujer y disipar algunos mitos que rondan a las mujeres maltratadas.
- Permite introducir testimonios de expertos(as), lo cual a su vez permitiría introducir una perspectiva integral del problema, ya que éstos(as) no tienen que limitarse al SMA, sino que pueden referirse a todos los aspectos del tema, ya sea en forma directa o como influyentes en el síndrome, por ejemplo, los efectos sociales, el carácter controlador del agresor, etc.
- La exclusión del testimonio de expertos(as) en la materia violaría el derecho constitucional a presentar una defensa.
- Permite que los jurados entiendan la problemática y que, por tanto, se dan los requisitos de la legítima defensa -honestidad y racionalidad.
- El SMA no implica sostener que la experiencia de todas las mujeres maltratadas es idéntica, sino que hay efectos similares cuando la violencia es severa y prolongada, lo mismo que se sostiene respecto de los efectos de los campos de concentración y de la tortura.

En la actualidad existe algún consenso entre sus seguidores(as) respecto que "síndrome" tal vez no sea la mejor palabra, por la connotación de enfermedad que la mayoría de las personas le asigna. Señalan que podría usarse en su reemplazo "testimonio de expertos(as) sobre el maltrato y sus efectos" o "testimonio de expertos(as) sobre las experiencias de las mujeres maltratadas".

²²⁹ Cohen, Jane Maslow. "Regimes of Private Tyranny: What Do They Mean to orality and for Criminal Law?" *57 University of Pittsburg Law Review* 757 (1996)

CAPITULO III

FUNDAMENTO LEGAL

*Estamos caminando sin pausa a una sociedad,
en la cual la discriminación y la exclusión de género
no tendrán ningún espacio
Magistrada. Gladys María Gutierrez*

I. Consideraciones generales

El reconocimiento del status legal de la mujer en América Latina, como producto de los procesos democratizadores y de modernización, ha pasado por etapas que muestran avances en la sensibilización del Estado y la sociedad frente a la discriminación que afecta a las mujeres en el sistema jurídico.

La transición entre una legislación subordinada de las mujeres a determinado rol social como prolongación de las funciones domésticas y su constitución como sujetos autónomos para tomar decisiones en sus vidas y participar activamente en los espacios sociales y políticos, requiere de una coherencia en la reforma legislativa para la eliminación sistemática de barreras limitantes de la participación femenina en todos los espacios sociales.

Es notoria la lenta evolución en cada país hasta llegar a un reconocimiento de igualdad ciudadana, política, civil de la mujer, etapa que culmina con la formalización del principio de igualdad en las normas constitucionales. Continúa un período en el cual se produce un impulso internacional que induce iniciativas estatales y no gubernamentales, originado en la Década de la Mujer y las diversas acciones emprendidas por las Naciones Unidas, que termina con la ratificación por parte del Estado de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la puesta en marcha de iniciativas de la Organización de Estados Americanos que dan lugar a avances significativos como la entrada en vigencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Simultáneamente se desarrolla un proceso de búsqueda de legislaciones que integren una perspectiva de

género, producto de reconocimiento de la falta de reglamentación sobre conductas perjudiciales para las mujeres y de la existencia de normas coercitivas de conductas que atentan contra la libertad de decisión de las mujeres.

Para entender mejor la condición jurídica de la mujer es conveniente visualizarla interacción de distintas esferas del derecho. Es así como el derecho penal está íntimamente vinculado al derecho civil y al derecho laboral.

La lectura crítica de los códigos penales no puede ignorar los contextos históricos que rodearon la redacción de los mismos. Hay mucho de la cultura redominante en la definición de los tipos penales y en la selección de las penas a aplicarse. La influencia de los planteamientos doctrinarios y legislativos europeos es notoria. La gran conquista del derecho penal liberal europeo, que inspira nuestros ordenamientos, se basa en que los comportamientos reprimibles son solo aquellos que ponen en peligro o dañan bienes jurídicos que merecen tutela penal se deslizan los valores de quienes detentan el poder. Es lógico que evolución de la normativa penal en contextos democráticos evidencia la confrontación de intereses procedentes de la vida social.

Los códigos penales están cargados de elementos arcaicos en materia del tratamiento a las mujeres, muchos de ellos correspondientes a ideas del siglo XIX, pero hasta el momento no han existido móviles suficientemente poderosos para eliminarlos de estos códigos. Generalmente las modificaciones en los códigos penales responden a álgidos restos para reprimir determinados fenómenos que preocupan a sectores sociales con poder y capacidad de influenciar los procesos legislativos. El tratamiento a los agravios a la propiedad, al consumo de drogas o al terrorismo son ejemplos de normatividad cambiante.

Podría hacerse una analogía entre la inercia de los códigos penales y la lentitud en la modernización de los diccionarios. La velocidad del cambio a nivel del lenguaje, tanto en su forma como en su conceptualización, demoras mucho en plasmarse en los diccionarios. No existe la suficiente presión para transformarlos. Respecto de los códigos penales está cambiando la perspectiva porque se está reconociendo que su valor no está sólo en la potencialidad represiva, sino en la constitución de un referente educativo que puede incidir en la regulación de la vida social por vías distintas a la de las sanciones clásicas.

1. Los Derechos de las Mujeres en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

El verdadero nacimiento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se produce, entonces, luego de la segunda guerra mundial, con la creación de las grandes organizaciones internacionales; en primer lugar la Organización de las Naciones Unidas, establecida en la Carta de la ONU en la Conferencia de San Francisco en 1945, y en el plano regional, paralelamente a la creación del sistema europeo, con el sistema interamericano de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos, establecido en la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá, en 1948.

Para conocer los avances que se han desarrollado progresivamente en el contexto del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos es

preciso identificar los instrumentos que sirven de fundamento en la evolución de tan importantes derechos a favor de las mujeres. Entre los instrumentos más relevantes a mencionar tenemos:

1.- Carta de las Naciones Unidas y Estatutos de la Corte Internacional de Justicia²³⁰, instrumento que específicamente en su preámbulo, en el segundo apartado, se realiza el primer reconocimiento internacional del principio de los derechos humanos, proclamándose es que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a: "*...reafirmar la fe en los en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...*".

En su primer artículo se manifiesta que uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas es "*...realizar la cooperación internacional...en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...*"

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos²³¹, en su preámbulo se establece lo siguiente: "*...la libertad la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...*". Por consiguiente, la dignidad de la persona es la raíz de los derechos humanos, es el fundamento o la base de la que emerge la existencia de los derechos

²³⁰ Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

²³¹ Aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

humanos. Esta declaración se constituye como el criterio de interpretación del derecho internacional positivo, y también influye dentro del derecho interno de cada Estado miembro de la comunidad internacional. Consagrándose entre otros los siguientes derechos:

Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición (artículo 2).

Art. 3. Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad.

Art. 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Art. 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Art. 12. Toda persona tiene derecho a la protección de su privacidad, honra y reputación: nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Art. 16. Derecho a casarse y fundar una familia: los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza,

nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Art. 18. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Art. 19. Derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Art. 20. Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Art. 22. Derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art.24.Derecho al descanso, al tiempo libre y a las vacaciones

Art. 29. Derecho a la educación, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; , la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Art. 30. Nadie podrá suprimir ninguno de estos derechos.

3. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial²³², específicamente en el artículo 5 los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes “...El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;...El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...El derecho a la salud pública...El derecho a la educación...”

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³³, en el numeral 2 del artículo 2 los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²³² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con lo previsto en el artículo 19. Siendo firmada por Venezuela el 21/04/1967 y ratificada el 10/ 10/ 1967. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.

²³³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976

5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁴, en el numeral I del artículo 2 los Estados partes se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

6. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²³⁵(CEDAW); se reconoce que *"...para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia..."* precisamente la relevancia de este instrumento es que aborda la discriminación contra la mujer, y la define en el artículo 1 como *"...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los*

²³⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con lo previsto en el artículo 49. Siendo firmado por Venezuela el 24/06/ 1969 y ratificado el 10/ 05/ 1978. Disponible en:<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

²³⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/ 180, de 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 (1). Siendo firmada por Venezuela el 17/07/ 1980 y ratificada el 02 / 05/ 1983. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>.

derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera..." consagrado en el artículo 2 la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, destacando en el artículo 10 (h) como una medida para eliminar la discriminación en la esfera de la educación, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia, en este orden, en el artículo 12 se establece que los Estados deben asegurar el acceso a servicios de planificación familiar, pero es en el artículo 16 donde se prevé que los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, asegurando condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. Aunado a ello el artículo 3 establece que los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

7. Convención sobre los Derechos del Niño

Convención sobre los Derechos del Niño²³⁶, en su artículo 2 establece que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, a su jurisdicción, sin distinción alguna, independiente de la raza, el

²³⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Siendo firmada por Venezuela el 26/01/1990 y ratificada el 13/09/1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En el artículo 34 los Estados partes se comprometen a:

“...proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- 1. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- 2. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- 3. La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos...”*

8. Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer²³⁷, emerge en razón de un reconociendo la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos, que viene a complementar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Declaración y Programa de Acción de Viena.

En su Artículo 1, establece: *"A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la*

²³⁷ Aprobada sin votación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".

9. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, realizada en el Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994, se reunieron las delegaciones de 179 Estados que participaron en las negociaciones para dar forma definitiva a un Programa de Acción sobre población y desarrollo para los próximos 20 años, siendo la salud sexual uno de los temas desarrollados que complementan y es de importancia decisiva en materia de población y desarrollo, en materia de sexualidad humana y relaciones entre los sexos, en el resumen del programa de acción se establece que:

“...El objetivo es doble: promover el desarrollo adecuado de una sexualidad responsable que permita el establecimiento de relaciones de equidad, respeto mutuo entre ambos sexos, velar por que el hombre y la mujer tengan acceso a la información, la educación y los servicios necesarios para lograr una buena salud sexual y ejercer sus derechos y responsabilidades en lo tocante a la procreación. Entre las medidas recomendadas se incluye el apoyo a actividades servicios en materia de educación sexual integrada para los jóvenes con la asistencia y orientación de sus padres y en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, en que se destaque la responsabilidad de los varones en cuanto a su propia salud sexual y su fecundidad y los ayude a ejercer esas responsabilidades. Las actividades educacionales deberían comenzar en la unidad familiar; pero también debe abarcar a los adultos en particular a los hombres; mediante la educación no académica y diversas actividades con base en la comunidad. Los programas educacionales también deberían alentar y apoyar el debate activo y abierto sobre

la necesidad de proteger a las mujeres, los jóvenes los niños contra los abusos, incluido el abuso sexual, la explotación, el tráfico con fines sexuales y la violencia. Se aconseja a los gobiernos y las comunidades que adopten medidas con carácter urgente para poner fin a la práctica de la mutilación genital de la mujer proteger a las mujeres y las niñas contra todas las prácticas innecesarias) peligrosas de esa índole...".

10. IV Conferencia Mundial sobre la Mujer; realizada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995, se aprobó la Declaración de la Plataforma de Acción de Beijing, la cual se fija como objetivos:

"...1.-La Plataforma de Acción es un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad. Tiene por objeto acelerar la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer¹ y eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política. Esto también supone el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz. Para obtener el desarrollo sostenible basado en el ser humano, es indispensable que haya una relación transformada, basada en la igualdad, entre mujeres y hombres. Se necesita un empeño sostenido y a largo plazo para que mujeres y hombres puedan trabajar de consuno para que ellos mismos, sus hijos y la sociedad estén en condiciones de enfrentar los desafíos del siglo XXI..."

11. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²³⁸, se manifiesta una profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y su prostitución, reconociendo que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestos a un peligro mayor de explotación sexual, y que la representación de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta, por esta razón en el artículo 1 se consagra que los Estados partes "...prohibirán la venta de niños la prostitución infantil y la pornografía infantil..."definiendo cada una en el artículo 2.

12. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belém Do Pará)²³⁹, adoptada para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, en

²³⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/263/ del 25 de mayo de 2000, entró en vigor el 18 de enero de 2002. Siendo firmado por Venezuela el 07/09/2000 y ratificado el 08/05/2002. Disponible: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm>.

²³⁹ Adoptada por aclamación por el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el día 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil

convencimiento que constituirá una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas, en tal sentido en el artículo 1, define el concepto de violencia contra la mujer, como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado; aunado a ello el artículo 2, establece las modalidades²⁴⁰ de violencia contra la mujer. Asimismo en su artículo 4, desarrolla los derechos de las mujeres, en tal sentido establece:

"....toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. El derecho a que se respete su vida;
- b. El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. El derecho a no ser sometida a torturas;
- e. El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

²⁴⁰ Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

h. el derecho a libertad de asociación;

i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y

j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

II. Regulación de los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico venezolano.

El Estado Venezolano, a los fines de honrar compromisos internacionales, aunado a los esfuerzos de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a fines con la protección de los derechos de las mujeres, se aprobó en Venezuela, inicialmente la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, la cual protegía a la mujer, pero limitado con contexto doméstico o familiar, lo que conllevaba a un reconocimiento limitado de sus derechos, pues, tan solo se trataba del ámbito privado, pero que no era extensible al ámbito público o a todos los niveles de desenvolvimiento de la mujer, toda vez que las modalidades de violencia que en la referida norma se establecían se limitaban al entorno familiar.

Legislación, que contrastaba notablemente con los compromisos asumidos como Estado Partes de las Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en la que se convino, adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva las Convenciones suscritas y ratificadas, siendo que para ambas normativas internacionales, la violencia contra la mujer se desarrolla en todos los ámbitos.

En razón de ello, y cumpliendo compromiso asumido en el artículo 7 literal e, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Venezuela, procede a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; obligaciones que se han venido cumpliendo paulatinamente, lo cual se ve reflejado no solo en la leyes promulgadas, sino en las jurisprudencias normativas emanadas del Tribunal Supremo de Justicia²⁴¹, dirigidas a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, contrarrestando prejuicios y costumbres²⁴² y todo otro tipo de

²⁴¹ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue sometida a referendo consultivo el 15 de diciembre de 1999, resultando aprobada por el pueblo venezolano, en un hecho inédito e histórico para el país. El mandato constitucional para el Poder Judicial, quedó contenido en el Capítulo III de la nueva Carta Magna donde, en el **artículo 253**, se expresa lo siguiente: "*El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio*". Es en fecha 29 de julio del 2010, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 Extraordinario, mediante la cual se publica la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual había sido aprobada por la Asamblea Nacional en sesión del día 11 de mayo del 2010 y reimpressa en Gaceta Oficial N° 39.483 del 09 de agosto de 2010, quedando finalmente publicada por corrección de errores materiales, en la Gaceta Oficial No. 39.522 de fecha 1° de octubre de 2010.

²⁴² Sentencia N° 1325. Fecha 04/08/2011. Sala Constitucional con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán que reafirma, con carácter vinculante, la competencia de los juzgados especializados en materia de violencia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, ya que las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas solo pueden actuar en materia de violencia de género como órganos receptores de denuncia.

prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros²⁴³.

Sumado a los Convenios Internacionales²⁴⁴, suscrito por Venezuela debe resaltarse que la carta magna sobre la cual se fundamenta el Estado, propugnándose como Social y Democrático, de Derecho y de Justicia, es así como Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁴⁵, constituye la base legal interna que da amplitud al reconocimiento de los derechos de las mujeres, en ella se establecen como valores superiores de la sociedad venezolana la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley o Estado de derecho; asimismo se determina que el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, son derechos fundamentales de los venezolanos que el Estado debe proteger, y sobre los cuales hace un amplio desarrollo en su articulado, promoviéndose también la garantía universal e indivisible de los derechos humanos.

Aunado a ello en el artículo 2 se expresan como valores supremos del ordenamiento jurídico del Estado Venezolano “...*la vida, la libertad, la justicia,*

²⁴³ Sentencia N° 1353. Fecha 16/10/2014. Sala Constitucional N° 1353, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, que declaró parcialmente con lugar la acción de nulidad interpuesta por Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, contra el artículo 46 del Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial n.º 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982; declara la nulidad parcial del señalado artículo; y establece con perspectiva de género que: “la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón”, estableciendo que la inteligencia de la norma se refiere a que no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido dieciséis (16) años”.

²⁴⁴ Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

²⁴⁵ Op. cit.

la igualdad la solidaridad la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político...”

Cónsono, el artículo 3 establece como fines esenciales del Estado “...*la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad del pueblo...*”, destacando la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad como ser humano, cuestiones que se contraponen con la realidad que se vive en muchos hogares venezolanos, que se encuentran afectados por el flagelo de la violencia.

En el Título III, de los Derechos Humanos, Garantías, y de los Deberes, en el artículo 19, se consagra la protección de los Derechos Humanos en los siguientes términos: “*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos...*”, dicho artículo se encuentra relacionado con el artículo 29, que establece la postura del Estado ante la violación de derechos humanos, de la siguiente forma:

“El Estado está obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad deben ser investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad incluidos el indulto y la amnistía. ”

A su vez, en el artículo 20 ejusdem, se expresa que “... *Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad sin más limitaciones i que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social...*”, de esta norma se desprende el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, en el artículo 21 de nuestra carta magna se consagra uno de los derechos fundamentales dentro de cualquier país, como lo es el derecho a la igualdad ante la ley, en las siguientes condiciones:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...”

Consecutivamente en el Capítulo III, correspondiente a los Derechos Civiles, en el 44 se establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, aunado a ello en el artículo 60 se establece que todos tenemos derecho a la protección de nuestro hogar, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, seguidamente en el artículo 61 se trata de la libertad de conciencia.

Ahora bien, en el Capítulo V, referido a los Derechos Sociales y de las Familias, el artículo 75, donde se instituye a protección que brinda el Estado a una de las instituciones más importantes dentro de cualquier sociedad como lo es la familia, en los siguientes términos: *"...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional..."*

Seguidamente el artículo 76 se consagra la protección integral a la maternidad y la paternidad, no importando el estado civil de la madre o del padre, asimismo se expresa que las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho.

En el artículo 77 se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, es decir, el concubinato, produce los mismos efectos que el matrimonio, legalizándose de esta forma el concubinato.

Aunado a ello cónsono con el artículo 29, previamente referido, tenemos que el art. 271, establece:

"...En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia

organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes. El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil..."

1. **Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia**

Esta normativas, aunado a los Convenciones Internacionales, constituyen la génesis para la promulgación de la **LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA**²⁴⁶, derogando la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

La novísima Ley, en su artículo 1, establece que el objeto del instrumento legal es garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, para la construcción de una sociedad democrática, participativa, paritaria y protagónica. De manera subsiguiente el artículo 3 establece "...2. *La protección a la dignidad e integridad física, psicológica,*

²⁴⁶ Op.cit.

sexual, patrimonial y jurídica de las mujeres víctimas de violencia, en los ámbitos público y privado..."

En esta ley existen tanto aspectos penales sustantivos como adjetivos, que se encuentran contenidos desde la misma exposición de motivo, y dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- Se incorporan modificaciones a los tipos penales que ya se encontraban tipificados en la ley sobre la violencia contra la mujer y la familia (derogada).
- El delito de violencia psicológica se trata de un tipo genérico que identifica aquellos actos capaces de atentar contra la estabilidad emocional y psíquica de la víctima.
- En el caso de la violencia física, que consiste en maltratos y agresión de menor entidad, hasta las lesiones del Código Penal, al cual se debe recurrir para la categorización de la misma.
- Nuevos rangos de penas en los delitos de lesiones, en virtud de tratarse de una de las figuras emblemáticas de la violencia de género, que debe graduar el intérprete conforme a criterios de proporcionalidad y racionalidad.
- Se sancionan las transgresiones de naturaleza sexual, consideradas como un atentado aberrante contra la integridad, y aunque ya estaban reguladas, la novedad es que en esta ley se concentra su regulación, enjuiciamiento y sanción.
- Se incluye los delitos de Prostitución Forzada y Esclavitud Sexual.

- Se crean los Tribunales Especializados, que deben contar con Equipos Interdisciplinario para la atención de los casos.
- El artículo 14, define la de violencia contra las mujeres a que se refiere la Ley, que comprende todo acto sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la coacción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si se producen en el ámbito público como en el privado.
- En tanto que el artículo 15, desarrollo las formas de violencia contra la mujer, siendo los delitos sexuales las siguientes:

...6. Violencia sexual:

Es toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntaria y libremente su sexualidad, comprendiendo ésta no sólo el acto sexual, sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, tales como actos lascivos, actos lascivos violentos, acceso carnal violento o la violación propiamente dicha.

7. Acceso carnal violento:

Es una forma de violencia sexual, en la cual el hombre mediante violencias o amenazas, constriñe a la cónyuge, concubina, persona con quien hace vida marital o mantenga unión estable de hecho o no, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introduzca objetos sea cual fuere su clase, por alguna de estas vías.

8. Prostitución forzada: Se entiende por prostitución forzada la acción de obligar a una mujer a realizar uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza, o mediante coacción como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la opresión psicológica o el abuso del poder, esperando obtener o haber obtenido ventajas o beneficios pecuniarios o de otro tipo, a cambio de los actos de naturaleza sexual de la mujer.

9. Esclavitud sexual: Se entiende por esclavitud sexual la privación ilegítima de libertad de la mujer, para su venta, compra, préstamo o trueque con la obligación de realizar uno o más actos de naturaleza sexual.

10. Acoso sexual: Es la solicitud de cualquier acto o comportamiento de contenido sexual, para sí o para un tercero, o el procurar cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado que realice un hombre prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, o con ocasión de relaciones derivadas del ejercicio profesional, y con la amenaza expresa o tácita de causarle a la mujer un daño relacionado con las legítimas expectativas que ésta pueda tener en el ámbito de dicha relación.

...13. Violencia obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres

14. Esterilización forzada: Se entiende por esterilización forzada, realizar o causar intencionalmente a la mujer, sin brindarle la debida información, sin su consentimiento voluntario e informado y sin que la misma haya tenido justificación, un tratamiento médico o quirúrgico u otro acto que tenga como resultado su esterilización o la privación de su capacidad biológica y reproductiva...

...18. Tráfico de mujeres, niñas y adolescentes: Son todos los actos que implican su reclutamiento o transporte dentro o entre fronteras, empleando engaños, coerción o fuerza, con el propósito de obtener un beneficio de tipo financiero u otro de orden material de carácter ilícito.

19. Trata de mujeres, niñas y adolescentes: Es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a

la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre mujeres, niñas o adolescentes, con fines de explotación, tales como prostitución, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud.

Violencia Sexual

Artículo 43. Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Si el autor del delito es el cónyuge, concubino, ex conyuge, ex concubino, persona con quien la víctima mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

El mismo incremento de pena se aplicará en los supuestos que el autor sea el ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo o afín de la víctima.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de quince a veinte años de prisión.

Si la víctima resultare ser una niña o adolescente, hija de la mujer con quien el autor mantiene una relación en condición de cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantiene o mantuvo relación de afectividad, aún sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

Acto carnal con víctima especialmente vulnerable

Artículo 44. Incurre en el delito previsto en el artículo anterior y será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión, quien ejecute el acto carnal, aun sin violencias o amenazas, en los siguientes supuestos:

b) En perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años.

2. Cuando el autor se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco con la víctima, cuya edad sea inferior a los dieciséis años.

3. En el caso que la víctima se encuentre detenida o condenada y haya sido confiada a la custodia del agresor.

4. Cuando se tratare de una víctima con discapacidad física o mental o haya sido privada de la capacidad de discernir por el suministro de fármacos o sustancias psicotrópicas.

Actos lascivos

Artículo 45. Quien mediante el empleo de violencias o amenazas y sin la intención de cometer el delito a que se refiere el artículo 43, constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado, afectando su derecho a decidir libremente su sexualidad, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de dos a seis años de prisión. En la misma pena incurrirá quien ejecute los actos lascivos en perjuicio de la niña o adolescente, aun sin violencias ni amenazas, prevaliéndose de su relación de autoridad o parentesco.

Prostitución forzada

Artículo 46. Quien mediante el uso de la fuerza física, la amenaza de violencia, la coacción psicológica o el abuso de poder, obligue a una mujer a realizar uno o más actos de naturaleza sexual con el objeto de obtener a cambio ventajas de

carácter pecuniario o de otra índole, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con pena de diez a quince años de prisión.

Esclavitud sexual

Artículo 47. Quien prive ilegítimamente de su libertad a una mujer con fines de explotarla sexualmente mediante la compra, venta, préstamo, trueque u otra negociación análoga, obligándola a realizar uno o más actos de naturaleza sexual, será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión.

Acoso sexual

Artículo 48. El que solicitare a una mujer un acto o comportamiento de contenido sexual para sí o para un tercero o procurare un acercamiento sexual no deseado, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral o docente o con ocasión de relaciones derivadas del ejercicio profesional, con la amenaza de causarle un daño relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Violencia obstétrica

Artículo 51. Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en:

1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas.
2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical.
3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer.
4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.
5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.

En tales supuestos, el tribunal impondrá al responsable o la responsable, una multa de doscientas cincuenta (250 U.T.) a

quinientas unidades tributarias (500 U.T.), debiendo remitir copia certificada de la sentencia condenatoria definitivamente firme al respectivo colegio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda.

Esterilización forzada

Artículo 52. Quien intencionalmente prive a la mujer de su capacidad reproductiva, sin brindarle la debida información, ni obtener su consentimiento expreso, voluntario e informado, no existiendo razón médica o quirúrgica debidamente comprobada que lo justifique, será sancionado o sancionada con pena de prisión de dos a cinco años.

El tribunal sentenciador remitirá copia de la decisión condenatoria definitivamente firme al colegio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda.

Ofensa pública por razones de género Artículo 53. El o la profesional de la comunicación o que sin serlo, ejerza cualquier oficio relacionado con esa disciplina, y en el ejercicio de ese oficio u ocupación, ofenda, injurie, denigre de una mujer por razones de género a través de un medio de comunicación, deberá indemnizar a la mujer víctima de violencia con el pago de una suma no menor a doscientas (200 U.T.) ni mayor de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) y hacer públicas sus disculpas por el mismo medio utilizado para hacer la ofensa y con la misma extensión de tiempo y espacio.

Tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes

Artículo 55. Quien promueva, favorezca, facilite o ejecute la entrada o salida ilegal del país de mujeres, niñas o adolescentes, empleando engaños, coerción o fuerza con el fin de obtener un beneficio ilícito para sí o para un tercero, será sancionado o sancionada con pena de diez a quince años de prisión.

Trata de mujeres, niñas y adolescentes

Artículo 56. Quien promueva, favorezca, facilite o ejecute la captación, transporte, la acogida o la recepción de mujeres, niñas o adolescentes, mediante violencias, amenazas, engaño,

rapto, coacción u otro medio fraudulento, con fines de explotación sexual, prostitución, trabajos forzados, esclavitud, adopción irregular o extracción de órganos, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

En la mencionada ley se establece el CARÁCTER DE LOS DELITOS DE GENERO contemplados en la misma, en su artículo 95, al señalar que son delitos de *acción pública*.

En este mismo orden de ideas, el Estado Venezolano, también previamente había establecido normativas dirigidas a la protección del genero mujer desde su nacimiento, delimitado en la niñez y la adolescencia, atribuyendo competencia especial a los Tribunales Especializados en relación a determinados tipos penales, es así como la **LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**, en su artículo 1 establece que tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y las familias deben brindarles desde el momento de su concepción.

Los primeros nueve artículos de esta ley constituyen las disposiciones directivas, es decir, que van a regir, dirigir, orientar la aplicación, implementación y ejecución de tan importante instrumento legal, por tal motivo, es necesario y conveniente destacar lo establecido en los primeros artículos más resaltantes.

En el artículo 4-A de la ley in comento se consagra el principio de corresponsabilidad, en tal sentido, el Estado, las familias y la sociedad son

corresponsables en la defensa y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que asegurarán con prioridad absoluta, su protección integral, para lo cual tomarán en cuenta su interés superior, en las decisiones y acciones que les conciernan.

Seguidamente en el artículo 5 se establecen las obligaciones generales de la familia e igualdad de género en la crianza de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:

"...La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia..."

En el artículo 26 de la ley in comento se instituye el derecho a ser criado en una familia, en consecuencia, todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, a ser criados y criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados o criadas y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la Ley. La familia

debe ofrecer un ambiente de afecto, seguridad, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y respeto recíproco que permita el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Aunado a ello se establece en el artículo 258; sanciona el delito de Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, aunado a ello en el artículo 259 se tipificó el delito de Abuso sexual a niños y niñas, en tanto que en el artículo 260, se sanciona el Abuso sexual a adolescentes, estableciéndose además que la competencia para este tipo de delitos sexuales, en contra de niño, niña y adolescente deben ser conocidos por el Tribunal con competencia en delito de Violencia contra la Mujer, lo que constituye una medida legislativa y judicial dirigida a atender de manera especializada éste tipo de acciones delictivas, las cuales son atendidas de manera igualitaria, toda vez que en aquellos casos en los cuales concurren víctimas niñas y niños, deben ser atendido por el Tribunal Especializado.

Las normas anteriormente transcritas, son el reflejo de los esfuerzos del Estado Venezolano, en atender, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, niñas y adolescente, honrando los compromisos internacionales adquiridos.

2. Código Penal

Al respecto, las acciones penales de los tipos penales anteriormente citados y tipificados en la legislación nacional, se rigen a los fines de su prescriptibilidad, por el CODIGO PENAL²⁴⁷, en el artículo 108, establece:

Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

²⁴⁷**CÓDIGO PENAL**, vigente según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.818 extraordinaria del 12 de Diciembre de 2011.

Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años.

Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años sin exceder de diez.

3. Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos.

4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.

5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del espacio geográfico de la República.

6. Por un año, si el hecho punible sólo acarrear arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.

7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarrear pena de multa inferior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o arresto de menos de un mes.

La enunciación de la normas que anteceden, inician con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las personas son iguales en dignidad y derechos, debiendo existir un trato fraternal entre unos y otros en virtud de estar dotados de razón y consciencia.

Es así, las Convenciones Internacionales consagran la protección de los derechos humanos y libertades de las mujeres, estableciéndose un catálogo de derechos que en primer orden deben ser garantizados, comprendidos por el respeto a la dignidad inherente a su persona, por lo que toda, la vulneración de los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, constituye discriminación contra la mujer.

Lo que conlleva a las Naciones Unidas a declarar que la violencia contra la mujer se presenta como una agresión a los Derechos Humanos, cuya expresión práctica y objetiva es el trato indigno.

Asimismo se Beijing, se conforma una plataforma de acción reconociendo que la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz.

Por lo que por su parte el Estado Venezolano con ocasión a la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagró la no prescriptibilidad de las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos.

Aunado a ello, se promulga la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuyo objetivo primordial es atender, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, estableciéndose así la diversas modalidades de violencia en la cuales se incluyen todas aquellas que atentan contra la libertad sexual de la mujer.

Al respecto, siendo que la violencia contra la mujer atenta contra los derechos humanos y dignidad de la mujer, vulneraciones que para el estado venezolano son imprescriptible, tal como se deriva del análisis concatenado de las normas.

No obstante, éstos tipos penales no han sido reconocidos como imprescriptibles por lo que opera a favor la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo del “ius puniendi” del Estado o la pérdida del poder estatal de penar al delincuente. A tal efecto dispone el artículo 108 del Código

Penal los lapsos de prescripción de la acción pena²⁴⁸ y el artículo 110 “eiusdem” previo tanto la prescripción ordinaria como la prescripción extraordinaria o judicial:

“Artículo 110. Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre en contra del reo, si este se fugare. Interrumpirán también la prescripción, la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querrela por parte de la Víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter, y las diligencias y actuaciones procesales que le sigan; pero si el juicio, sin culpa del imputado, se prolongare por un tiempo igual a de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarara prescrita la acción penal”

Al respecto el mayor avance que sea verificado en este sentido, se deriva de la norma jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se reconoce que aun cuando la acción penal para perseguir los delitos materia de la acusación del Ministerio Público y de la parte acusadora, pudiera estar prescrita, es necesario la comprobación de tales hechos punibles, previo al decreto de prescripción, lo cual es indispensable para poder ejercer las reclamaciones civiles que pudieran surgir como consecuencia de tales infracciones delictivas²⁴⁹.

La mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano

²⁴⁸ Sala de Casación Penal. Exp C05-0526- 14/03/2006

²⁴⁹ Sala Constitucional Sentencia N° 1593, de fecha 23-11-09, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

América Latina enfrenta trabas de diverso orden para la construcción democrática, entre las que cuentan aquellas derivadas de un sistema jurídico formalista, desactualizado y poco sensible a la justicia en la diversidad. Los ejercicios de formulación normativa producidos en laboratorios de especialistas desconectados de los avances internacionales y de la propia realidad, no logran enfocar adecuadamente los núcleos problemáticos. Es necesario tener como punto de partida una nueva cultura de derechos donde todos, incluyendo a las mujeres, sean plenamente incorporados en los procesos de elaboración de las normas. La tarea democrática es ampliar los derechos y abolir las exclusiones. Hoy es inadmisibile que la pertenencia al género, sustente una de las más flagrantes discriminaciones en los finales del siglo XX.

Las Naciones Unidas han abierto un importante espacio político para ampliar el ámbito de los derechos humanos de las mujeres. La Declaración Universal de 1948, reconocida como paso fundamental para garantizar los derechos mínimos de la humanidad, debía ser interpretada con "ojos de mujer", en aras de la vocación de universalidad que la inspiró. Desde 1975, cuando se dió inicio a la Década de la Mujer, las Conferencias Mundiales mostraron que la discriminación de las mujeres era un fenómeno mundial que se expresaba en todos los niveles de la vida social. Los Estados miembros no podían eludir la responsabilidad de atender las demandas de las mujeres. La cultura y la historia de cada uno de los países no podían justificar las limitaciones de derechos a las mujeres. La II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Wena, 1993) avanzó más lejos aún; era necesario encuadrar las demandas de derechos de las mujeres en el corazón de la formulación y doctrina de los derechos humanos. El reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos fue clave para los avances posteriores. Todos los ordenamientos nacionales debían ser revisados para que las leyes no fueran obstáculo en el ejercicio de derechos de las mujeres.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) tiene un compromiso explícito para impulsar acciones que mejoren las condiciones de vida de las mujeres. Sucede lo propio con el Fondo de las Naciones Unidas para la para la Infancia (UNICEF) puesto que la situación de los niños y niñas esta condicionada a la de las mujeres que asumen la maternidad social. Estas dos agencias de las Naciones Unidas consideraron que era importante buscar las vías adecuadas para desarrollar estrategias destinadas a lograr marcos legislativos acordes con la normatividad internacional de derechos humanos, y entre éstas, elaborar criterios orientadores para transformar los códigos penales de la región latinoamericana. Nuestra pretensión es llegara quienes tienen la responsabilidad de adecuar los ordenamientos legales internos a los mandatos internacionales. Nos interesa que los y las integrantes de los Poderes Legislativos asuman la tarea de reformar los códigos penales reconociendo los aportes de los movimientos de mujeres en materia de propuestas de reformas legislativas. También nos parece relevante divulgar una mirada general sobre los más álgidos problemas planteados por los ordenamientos penales para que los movimientos de mujeres reciban estímulo en el continuo avance de formulación de propuestas de reforma legal y en el establecimiento de vínculos con los Poderes Legislativos que favorezcan la concreción de nuevas leyes.

Una mirada crítica a los textos penales hizo evidente la distancia existente entre las formulaciones cada vez más avanzadas en los niveles internacionales, tanto vinculantes como declarativas, y los rezagos atávicos de la legislación penal anclados en el pasado, persistentes en mantener el confinamiento de las mujeres a "cárceles sociales" construidas sobre la base de prejuicios culturales y religiosos. La humanidad de las mujeres está en proceso de construcción y para lograrla es necesario superar el reduccionismo de considerarlas en función de su sexualidad, lo que equivale a inferiorizarlas

y a tratarlas como si todavía requirieran ser tuteladas²⁵⁰. En otras palabras, hay que superar la idea patriarcal, tan presente en los legisladores latinoamericanos, de controlar el "desorden de las mujeres", expresión de Carole Pateman, citada por Celia Amorós²⁵¹ recluyéndolas en lo irracional de la naturaleza y castigándolas con un orden penalizador que no reconoce la condición real de conflicto en las relaciones entre el mundo femenino y masculino.

Hemos hecho el esfuerzo de detenemos ante los contenidos del derecho penal para mostrar lo que debe ser transformado de inmediato si queremos afianzar desarrollos democráticos. Algunos temas centrales, ya reconocidos en las Conferencias Mundiales como prioritarios, han merecido nuestra atención, como es el caso de la polémica respecto a la libertad para decidir sobre la reproducción, o el de la rectificación de la coherencia de la protección a la vida eliminando atenuantes sustentados en la exacerbación de condiciones biológicas femeninas o en el concepto de "honor". Es increíble que, a fines del siglo XX, mientras se prohíbe el aborto autoconsentido, un infanticidio tenga penalidad atenuada cuando lo comete la madre durante el puerperio y que la atenuante se extienda a los parientes cercanos que matan a la criatura, aún no inscrita en el registro civil, si se trata de proteger el "honor" familiar.

La discusión sobre la protección de la libertad sexual como parte de la integridad personal tiene que ir más allá de la sacralización de la virginidad. La necesidad de tipificar el delito de maltrato en las relaciones familiares no niega que existan otras formas preventivas de tratar la violencia doméstica en el orden civil y administrativo. Y finalmente, es imprescindible la búsqueda de

²⁵⁰Lagarde, Marcela. "Identidad de Género y Derechos Humanos", en Estudios Básicos de Derechos Humanos, IV. IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo IV. Instituto Interamericano Humanos (IIDH), San José, C.R., 1996, pág. 13

²⁵¹ Amorós, Celia. Igualdad e Identidad, en El Concepto e Igualdad. Editorial Pablo Iglesias, Madrid-España, 1994, pág. 38.

mayores garantías para la exigibilidad de las obligaciones familiares, porque la irresponsabilidad paterna es una de las causas de las mayores restricciones en la vida laboral y profesional de las mujeres.

Es cierto que América Latina ha estado limitada por procesos de colonización, también en lo jurídico. Los códigos se fueron copiando unos de otros y los errores se fueron transmitiendo de país a país. Si se comparan los diecinueve países estudiados saltan a la vista las tendencias. El sexismo de las leyes penales es casi unánime. No ha habido ningún esfuerzo serio por adaptar las legislaciones penales a las normas internacionales. El movimiento de presión, inspirado en ideas emancipadoras, por transformar los parámetros de las leyes tiene innumerables precedentes en diversas épocas, no tanto porque sus voceras creyeran que desde la ley se transforma la realidad, sino porque se le reconoce valor simbólico en la modulación de la manera de pensar social y porque aún prevalece el convencimiento respecto de la potencialidad de la ley para educar. Y es que, parte de la injusticia de género tiene raíces en falsedades que sustentan los códigos penales presentando a las mujeres como seres sometidos al poder masculino de padres, hermanos o persona con la cual haya tenido una relación amorosa. Cuando las mujeres son víctimas de delitos no se les protege como personas sino como vehículo del honor y la familia y cuando se define que ellas pueden ser sujetos activos de determinados delitos, se les cercenan las posibilidades de decisión y de responsabilidad, como si fueran seres menos incapaces para afrontar las consecuencias de sus actos.

Estamos en un momento propicio para preguntarnos si los tipos penales que atañen a la condición femenina coinciden o no con los postulados democráticos, amplios y participativos de las sociedades latinoamericanas. El reconocer los límites de las formalidades congeladas en las leyes no puede convertirse en pretexto para obviar la importancia de su transformación. UNICEF y UNIFEM, reconocen los aportes de grupos y de activistas del

movimiento de mujeres que han impulsado procesos de reforma de las normas penales. Por eso respaldamos el significativo esfuerzo realizado por Gladys Acosta, antecedido por valiosas reflexiones de Lucila Larrandart, reconociendo en estas páginas una respuesta a un desequilibrio social y legal discriminatorio, inspirado en una vocación de hacer justicia concreta para quienes como las mujeres latinoamericanas sienten sus derechos deteriorados tanto por la indiferencia como por la intolerancia, dentro y fuera del Estado.

CAPITULO IV

METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La violencia de género tiene sus raíces profundas en la característica patriarcal de las sociedades en las que prevalecen estructuras de subordinación y discriminación hacia la mujer que consolidan conceptos y valores que descalifican sistemáticamente a la mujer, sus actividades y sus opiniones.

Históricamente, a lo largo del tiempo las mujeres han luchado contra este problema, que tiene su origen en la tergiversada concepción que los hombres mantienen sobre las mujeres, arraigada en una cultura inaceptable.

Sin embargo, el ideal de igualdad entre hombres y mujeres se muestra inaccesible en muchos países donde el respeto por los derechos humanos de

las mujeres víctima de violencia se caracteriza por la casi total impunidad de los agresores y es, a menudo, invisible.

La vulneración del derecho de las mujeres, en específico, a su libertad e indemnidad sexual²⁵² es sin duda una de las más dramáticas violaciones de los derechos humanos, tanto por lo que supone de atentado contra su dignidad como personas, como por las secuelas irreparables que producen psicológicamente.

Durante las últimas décadas se ha venido reclamando por la visibilización de las dificultades que las mujeres enfrentan para ejercer los derechos humanos, dentro de la teoría y la práctica, así como las formas específicas de violación de los mismos.

Esta realidad aún se hace palpable a pesar, que mucho antes del surgimiento del sistema de Naciones Unidas, nace en 1928, la CIM (Comisión Interamericana de Mujeres)²⁵³ que se constituye como el primer cuerpo de Derechos Humanos destinado a defender los derechos de las mujeres. La CIM prepara el que sería el primer tratado sobre derechos de las mujeres: la

²⁵²CASTILLO ALVA, José Luis, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Gaceta Jurídica, 2002, Pag. 606. Lima-Perú. *"...La indemnidad sexual puede ser entendida: "como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida"*

²⁵³Establecida en 1928, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) fue el primer órgano intergubernamental creado para asegurar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres. La CIM está constituida por 34 Delegadas, una por cada Estado Miembro de la OEA y se ha convertido en el principal foro de debate y de formulación de políticas sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género en las Américas

“Convención sobre la nacionalidad de las mujeres”, aprobada por la OEA en 1933²⁵⁴.

Por lo que en materia de protección de derechos humanos, se dispone de un sistema regional y un sistema mundial; el primero, representado por la Organización de Estados Americanos (OEA)²⁵⁵ el cual además de la CIM, cuenta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵⁷.

El sistema mundial vigente actualmente está representado por la Organización de Naciones Unidas²⁵⁸, nacido en 1945. Al año siguiente se crea,

²⁵⁴Suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana Montevideo, Uruguay. *Entrada en vigor* el 29 de agosto de 1934. Serie Sobre Tratados, OEA, NO. 4.

²⁵⁵La OEA fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Es una organización internacional panamericanista de ámbito regional y continental creada con el objetivo de ser un foro político para la toma de decisiones, el diálogo multilateral y la integración de América. Fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia"Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE).

²⁵⁶Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. Fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Su primer directivo fue el escritor venezolano Rómulo Gallegos en el período 1960-1963

²⁵⁷La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos

²⁵⁸ La Organización de las Naciones Unidas (ONU), fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho

dentro de ONU, la Comisión para la Condición Social y Jurídica de la Mujer, conocida como Comisión del Status de la Mujer. Su primera Presidenta fue Bodil Boegstrup, de Bélgica, quien trató de influenciar el borrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que se incluyeran derechos de las mujeres.

Uno de los resultados de las actividades desplegadas durante los años 70, en 1979, fue la aprobación, por parte de la Asamblea General, de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁵⁹.

También impulsada por la misma Comisión, se lanzó un ciclo de Conferencias Mundiales: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; Beijing, 1995.

De cada Conferencia surgió un Plan o Plataforma de Acción. Éstos son muy útiles para diseñar programas y políticas destinadas a alcanzar la igualdad, ya que contienen instrucciones para los gobiernos y sugerencias de medidas y estrategias para revertir la situación de discriminación.

Otras conferencias como la de Viena en 1993, El Cairo en 1994 y Copenhague en 1995, registraron altos índices de participación de las mujeres y recogieron, parcialmente, sus inquietudes. En Viena, por ejemplo, se pidió encarecidamente que se conceda a la mujer el pleno disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y que ésta sea una prioridad para los gobiernos y para las Naciones Unidas. En El Cairo, se define la salud sexual y la salud reproductiva y se pide a los gobiernos que despenalicen el aborto. En Copenhague, donde se realizó la Cumbre de Desarrollo Social, un

internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos.

²⁵⁹ Op. Cit 8

capítulo del Plan se destina a la igualdad entre hombres y mujeres como condición esencial para el desarrollo sustentable.

Es así como se ha venido desarrollando un plan de trabajo a los fines de eliminar la denomina “ceguera de género”, es por ello que en los países democráticos en los que rige el imperio de la ley como salvaguardia de los derechos sociales e individuales, las vulneraciones contra la libertad sexual son sancionadas severamente.

Sin embargo, ello no conlleva a la erradicación de la problemática, siguen cometiéndose estos graves delitos, mediante los cuales se le priva a la mujer víctima de su capacidad de su libertad para decidir acerca de sus acciones y su sexualidad conforme a su intelecto, esto es, la posibilidad que tiene de comunicar sus ideas a sus semejantes, expresar opiniones y le sean respetadas.

Permitiéndole discernir entre unos actos y otros en función de su adecuación o no a unos valores. Los seres humanos, al menos hasta que se nos demuestre lo contrario, es el único ser capaz de distinguir entre el bien y el mal en un sentido moral del término²⁶⁰. Asimismo, se puede afirmar que el ser humano está dotado de la capacidad de elegir cómo comportarse, esto es, puede libremente optar por el bien o el mal o, más exactamente, entre lo que

²⁶⁰ Lo cual no significa que no haya animales que no puedan pensar que se han comportado bien o mal. La diferencia está en que, en el caso de estos seres, el concepto de bondad o maldad responderá siempre a lo que los seres humanos les hayan enseñado. Un chimpancé puede manifestar que ha hecho algo malo, pero sólo si un humano le ha transmitido la idea de que ese acto es malo. Todavía, que sepamos, no hay ningún animal capaz de generar su propio sistema de valores, un animal capaz de decidir por sí mismo qué es bueno o malo. Por otra parte, también es cierto que en ocasiones decimos que hay seres humanos incapaces de distinguir el bien y el mal, esto es, a los que solemos clasificar como enfermos mentales. Sin embargo, creemos que esta afirmación es un tanto inexacta, ya que todas las personas son capaces de entenderlas nociones de bien y mal. Otra cosa, por supuesto, será que su concepto coincida con el que socialmente se acepta como tal.

ha decidido que es el bien o el mal²⁶¹. Por último, su propio sentido de la intelectualidad le capacita para dar razones por las que decantarse hacia un extremo u otro, y a enlazar unas con otras, e, incluso, para concebir ideas que van más allá de lo que conoce²⁶².

En definitiva el ser humano es valioso porque posee intelectualidad, libertad y sentido de lo moral, en virtud de ello toda acción que atente contra estos derechos que le son inherentes, implica profundas repercusiones en su valor como persona, en el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social²⁶³.

²⁶¹Ambos caracteres podrían, en realidad, sintetizarse en uno, ya que ambos se presuponen. Así, la libertad moral sólo puede existir desde el mismo momento en que el hombre es capaz de distinguir entre el bien y el mal, de tal modo que elija entre uno y otro siendo consciente de lo que hace. Lo contrario no sería libertad, al menos en el sentido ahora descrito. En cuanto a lo contrario, parece cierto que la capacidad de diferenciar entre el bien y el mal sólo tiene un sentido valioso desde el mismo momento en que el hombre tiene capacidad para actuar, esto es, elegir uno u otro. Un hombre consciente de que lo que hace es malo pero privado de la posibilidad de actuar en distinto sentido sería un hombre sometido a una tortura permanente. Lo que es seguro, en cualquier caso, es que la relación entre dignidad y libertad reúne características especiales, ya que, si bien la libertad es requisito necesario para la dignidad, ésta, a su vez, será quien dote de valor a la libertad. Esta idea, en cualquier caso, está directamente unida a la obra de Kant, quien consideraba que «la autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza razonable y racional» (Cfr: KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., pág. 94). Véase también, sobre este tema: PÉREZ-LUÑO, A. E., «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en PECES BARBA, G., E. FERNÁNDEZ y R. DE ASÍS, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2001, pág. 471.

²⁶²Y lo que es muy importante, gracias a su racionalidad el hombre es capaz de comunicarse con otros hombres, y hacerlo a través de argumentos que los otros puedan llegar a entender. El lenguaje, en este sentido, es una cualidad única del hombre que nos posibilita a hablar de humanidad como un conjunto de sujetos interrelacionados.

²⁶³Cfr: FERNÁNDEZ, E., *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2001, pág. 20.

En atención a ello, con el fin primordial de proteger, respetar y garantizar una vida digna, surge la expresión jurídica, derechos humanos²⁶⁴, para lo cual la mujer en las últimas décadas tiene algunos derechos conquistados y surgidos de necesidades específicas.

Estas necesidades están relacionadas, en general a su condición de mujer, como las vinculadas con los esfuerzos para contrarrestar actitudes culturales discriminatorias, como lo es la violencia de género. Es así, como en el derecho internacional, se reconoce la violencia de género, como una violación a los derechos humanos²⁶⁵.

Aunado a ello, en el ordenamiento jurídico nacional venezolano, tal como se lee en el artículo 29 primer párrafo de la Constitución de la República

²⁶⁴ Históricamente se señala que el término Derechos Humanos, fue desarrollado por el Cristianismo al proclamar la igualdad de las personas ante Dios, lo que constituyó un antecedente del reconocimiento de la igualdad de las personas ante la Ley. El cristianismo además, proclama la dignidad de la persona humana, reivindicó a sus derechos inmanentes e inalienables que derivaban de su naturaleza y que el Estado se limita a reconocer. Pero, fue en 1215 cuando se dio la primera consagración expresa que estableció límites al poder del Estado frente a sus súbditos en la Carta Magna, suscrita por el Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra, considerada en nuestros tiempos la pauta del reconocimiento positivo de algunos derechos fundamentales. La Carta Magna de Juan sin Tierra consagra la libertad de la iglesia, la libertad personal, el derecho de propiedad, algunas garantías procesales y limitan el establecimiento de los cargos tributarios.

²⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas, en el Informe del Estudio a Fondo sobre todas las Formas de Violencia contra la Mujer que publicó en julio de 2006, señaló que “(...) [l]a violencia contra la mujer persiste en todos los países del mundo como una violación generalizada de los derechos humanos y uno de los obstáculos principales para lograr la igualdad de género. Esa violencia es inaceptable, ya sea cometida por el Estado y sus agentes, por parientes o por extraños, en el ámbito público o privado en tiempo de paz o en tiempos de conflicto”.

Plataforma de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, Austria, 25 de junio de 1993. Declaración 18: [...] Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. [...]

Bolivariana de Venezuela²⁶⁶, se consagra la imprescriptibilidad de todos aquellos delitos que atentan contra los derechos humanos.

No obstante, a pesar que en el ámbito jurídico internacional se reconoce que la violencia contra la mujer, es una vulneración a los derechos humanos; aunado a ello en el sistema jurídico interno venezolano, se consagra que los delitos que atentan contra los derechos humanos son imprescriptibles, sin embargo, en el derecho internacional y en el nacional venezolano no se reconoce la violencia de género como un delito imprescriptible.

Por lo que tomando consideración que una de las manifestaciones más dramáticas de la violencia contra la mujer, la constituye la Violencia Sexual, es por lo que se hace necesario hacer un análisis sobre la magnitud del daño que tales acciones causan en el valor propio de la mujer con repercusiones que se expanden en sus años de vida, lo que debe ser considerado y sometido a un juicio de proporcionalidad que consagre la imprescriptibilidad de tales conductas.

En razón de lo antes indicado, debe valorarse la incidencia radical o nivel de afectación de tal acción en la dignidad de la mujer víctima, dejando consecuentemente secuelas en su valorización como ser humano, aunado a las plurales libertades de las cuales se le priven, los cuales se proyectan en el tiempo repercutiendo en su integridad física, psíquica y moral²⁶⁷ que finalmente indiquen notablemente en su proyecto de vida.

²⁶⁶Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo 29: *“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. **Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptible.** Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.*

²⁶⁷La integridad física, psíquica y moral, son reconocidos como Derechos Humanos de la Mujer, por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

En tal sentido, para apoyar la demanda de verdad, justicia y reparación de las víctimas esta investigación plantea que la violencia ejercida en contra de las mujeres, no solo atenta contra sus derechos humanos, pues, no se trata de la vulneración de un catálogo de libertades que son reconocidos por el Estado a sus ciudadanas, sino que las afectaciones propias de este tipo de violencia atentan contra la valía de la personas, contra una condición que le es intrínseca como ser humano, para lo cual no requiere reconocimiento por parte del Estado, pues se eleva más allá de su poder.

Razón por la cual, no solo en el contexto de conflicto armado debe contemplarse la violencia sexual como un delito imprescriptible²⁶⁸, sino en cualquier contexto público, privado o cualquiera que sea la circunstancia en que se presente la violencia sexual debe ser contemplada como un delito imprescriptible, en virtud de la magnitud del daño causado y su repercusión en la vida de la mujer víctima y su valía como ser humano.

la Violencia contra la Mujer "Convencion De Belem Do Para", en su Artículo 4, en el cual se establece: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:[...] b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; [...]

²⁶⁸ Estatuto de Roma, Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte: 1. *La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: [...]* b) *Los crímenes de lesa humanidad; [...]* Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad: 1. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...]* g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; [...]* Artículo 29 **Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.**

Así que, llevar adelante esta propuesta para estudiar la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, con el firme propósito de reflexionar y afianzar lo que significa la "Dignidad Humana"²⁶⁹ como el valor que cada persona tiene por el hecho de pertenecer a la raza humana²⁷⁰ y está relacionada filosóficamente con el hecho de decirle a una persona que bueno que existes, pero al mismo tiempo es la alegría de que el otro existe lo constituye un verdadero "reconocimiento de igualdad".

La Dignidad Humana tiene como base fundamental el reconocimiento pero al mismo tiempo es un *valor intrínseco* de cada persona, esto fue lo que sirvió para que después de la segunda guerra mundial los Derechos Humanos pudieran tener como fundamento esa dignidad y ese reconocimiento después de los episodios del holocausto judío, porque durante el régimen Nazi se decía que los judíos no tenían dignidad²⁷¹.

La Dignidad Humana es innata en cada persona nadie se lo ha dado, cada persona nace con ella, es prejurídico a los Derechos Humanos²⁷², esto

²⁶⁹La dignidad refuerza la personalidad, fomenta la sensación de plenitud y satisfacción. Para justificar la esclavitud se decía que el esclavo no era persona humana, sino un objeto, al igual que judíos, gitanos y durante el nazismo. Es constante en la historia de la humanidad negar la dignidad humana para justificar y justificarse en los atentados contra ella. Antonio Pelé Una aproximación al concepto de dignidad humana. Revista de filosofía, derecho y política, N°. 1, 2004-2005, pags. 9-13.

²⁷⁰DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente unos con los otros. Derecho humano N° 1.

²⁷¹ *Sobre la violencia*. Guillermo Solana. Madrid, Alianza Editorial, 2005. (*On Violence*, Nueva York y Londres, 1970. Versión alemana de Gisella Uellenberg revisada por la autora: *Macht und Gewalt*, Piper, Múnich, 1970; 15ª ed. 2003.

²⁷² ANDORNO, Roberto. "La Dignidad Humana como noción clave en la Declaración UNESCO sobre el Genoma Humano". Revista de Derecho y Genoma Humano. 201. p.41

muchas veces no ha sido reconocido de forma fácil y general por las sociedades, por ejemplo en la antigua Roma los esclavos era excluidos de derechos políticos, pero también en la conquista de América las grandes discusiones acerca de que si los indígenas tenían o no almas y por lo tanto eran personas.

Esta propuesta reconoce los avances que en materia del derecho penal ha tenido el derecho internacional en protección de los derechos humanos, en especial con la promulgación del Estatuto de Roma²⁷³ de la Corte Penal Internacional²⁷⁴, al reconocer las violencias sexuales como constitutivas de crímenes de lesa humanidad²⁷⁵ y crímenes de guerra²⁷⁶, por ende imprescriptibles²⁷⁷.

Al respecto, es necesario reflexionar y precisar si efectivamente la vulneración de los derechos humanos de la mujeres víctimas de violencia sexual, solo ocurren en el marco de un conflicto armado o si por el contrario

²⁷³El Estatuto crea la Corte Penal Internacional y la faculta para que ejerza la jurisdicción sobre los crímenes más grandes de trascendencia Internacional, en el entendido que la Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones penales de los Estados que suscriban el Estatuto.

²⁷⁴La Corte es una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se rige por las disposiciones del Estatuto de Roma. Artículo 1 del Estatuto.

²⁷⁵ Artículo 7 del Estatuto: *“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: “...g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;...”*

²⁷⁶ Artículo 8 del Estatuto: *“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. “...xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;...”*

²⁷⁷Artículo 29 del Estatuto. Imprescriptibilidad. *“Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirá”*

tal afectación se materializa en la mujer indistintamente del contexto en el cual se ejecuta el asalto sexual.

Por lo que declarar la imprescritibilidad de la violencia sexual, solo cuando se ejecute como un crimen de categoría internacional, sin tomar en cuenta la magnitud del daño, pareciere más bien que se está penalizando internacionalmente, la intención de no dar tregua, que sus consecuencias²⁷⁸.

Las acciones constitutivas de violencia sexual, inexorablemente vulnera los derechos humanos de la mujer y que ello es indistinto de la situación socio-política de la población en la cual habita, vale decir, lo determinante no es que tales hechos ocurran en el escenario de un conflicto armado o no, sino por el contrario lo importante es que ese hecho se ejecuta en contra de la mujer, quien es la acreedora de los derechos por su condición de ser humano.

Por tanto, la proclamación de los Derechos Humanos, tiene como base el reconocimiento previo de la dignidad²⁷⁹, por lo que consecuentemente, vulnerar los derechos es atentar contra la esencia misma del valor intrínseco de la persona.

Así que, el elemento subjetivo del delito no puede ser lo que determina que la Violencia Sexual sea categorizada en el derecho internacional, como violación de derechos humanos, acarreado la imprescritibilidad de la acción, permitiéndole con ello a la justicia internacional juzgarlo de forma indefinida en el tiempo. Pero, es que indefinido también es el daño que se causa en la mujer víctima, contra quien se cometen tales hechos.

²⁷⁸ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, BOGOTA. 1988

²⁷⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preamble

Por lo que la declaración de la violencia sexual como un delito imprescriptible en el derecho nacional venezolano, implicaría una real garantía de los derechos a libertad, integridad y formación sexual, autonomía sexual, privacidad y equidad sexual, seguridad del cuerpo sexual, derecho a la toma de decisiones reproductivas libres y responsables, a la libre asociación sexual, derecho al placer sexual²⁸⁰, consagrados conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y tutelados en los artículos 43, 44, 45, 47, 48, 51, 52 y 56 de la Ley Orgánica Sobre el Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y artículos 259 y 260 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

El reconocimiento de derechos, por parte del Estado Venezolano, al igual que en el derecho internacional, tiene su origen en el respeto de la dignidad humana, por lo tanto, ningún hecho que atente contra una condición que es intrínseca de un género de la humanidad, que genera afectaciones muchos casos cambian su proyecto de vida, deben quedar en impunidad por el favorecimiento del transcurso del tiempo sin el debido amparo por parte del Estado, quien tiene la obligación de garantizarlo.

1. Justificación de la investigación

²⁸⁰DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Declaración del 13° Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España, revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1999, en el 14° Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República popular China. En su normativa se establece: “*Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales*”

Las razones que motivaron la selección del tema como problemática están determinadas desde el enfoque de la dignidad humana, contextual y legal.

La Organización Mundial de la Salud (OMS)²⁸¹, afirma que la Violencia Sexual es un problema de salud pública que afecta a más de un tercio de mujeres en el mundo, generando problemas en la salud física, mental, sexual, reproductiva y cognitivos durante toda la vida, provocando a su vez comportamientos perjudiciales para la salud, como por ejemplo el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual²⁸².

En los casos de las mujeres adultas víctimas de violencia sexual pueden llegar a encontrarse aisladas e incapacitadas, toda vez que el miedo que en ella se infunde, la neutraliza en su libre desenvolvimiento, desarrollo y crecimiento, deja de ser generadora de aportes y valor agregado a la familia y a la sociedad, se inhibe de participar en actividades cotidianas y mengua sus fuerzas para cuidar de sí mismas e inclusive de sus hijos e hijas, si fuere el caso.

Consecuencias, que están directamente relacionadas con las afectaciones en la condición esencial y su valía como ser humano.

Ello se traduce en incalculables costos de salud, sociales y económicos para los Estados, indignamente del contexto en el cual se lleve a cabo.

Tales afectaciones son propias en las mujeres víctimas de violencia sexual, ya sea que tales hechos se ejecuten en el marco de crisis humanitarias

²⁸¹ Organización Mundial de la Salud, “*Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*” Informe de fecha 20 de octubre de 2013. Nota Descriptiva N° 239.

²⁸²PINHEIRO, Paulo Sérgio. “*Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños*”, Naciones Unidas. Presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General. En fecha 29 de agosto de 2006.

(conflictos armados o después de ellos) o en una sociedad civilmente en paz, pero su ámbito público o privado.

Sin embargo, en muchos casos la cultura puede apoyar y perpetuar creencias que aprueban la violencia, conllevando que exista tolerancia en la sociedad y por ende en la propia víctima que en muchos casos estima guardar silencio.

Ante ésta realidad, aunado a la complejidad que caracteriza esta tipología delincinencial, la gravedad de sus efectos, la trama del silencio que los rodea, el miedo de las víctimas a la represalia por parte de los agresores, las implicaciones legales y el daño psicológico son factores que obligan a la unificación de acciones y a la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado²⁸³ para defender, proteger y restablecer los derechos y la dignidad vulnerada en las mujeres víctimas.

Cuyas acciones sean perdurables en el tiempo, permitiendo que el ius puniendi del Estado Venezolano alcance a los autores o cómplices de los hechos en la misma proporcionalidad que indefinidos en el tiempo son los daños que se le ocasiona al género femenino el cual representa la mitad ²⁸⁴

²⁸³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 4. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

²⁸⁴ Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Censo 2011. Venezuela

2. Objetivo General

Estudiar la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer.

2.1. Objetivos Específicos

1. Detallar los principales tipos de violencia sexual.
2. Describir la magnitud de daño causado por la violencia sexual en la valoración de la mujer como ser humano. Desde el enfoque jurídico, psicológico y teológico
3. Analizar en la legislación internacional y nacional la violencia sexual como un delito imprescriptible.
4. Proponer una reforma de la ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, perspectiva: la violencia sexual como un delito imprescriptible

II. Metodología de la Investigación

En función de la situación del problema expuesto y los objetivos planteados, se corresponde con una investigación de tipo documental; sus fuentes se originan de textos documentales, impresos, electrónicos y de la información obtenida de opiniones especializadas.

1. Tipo de Investigación

Finol y Navas (1992), definen la investigación de tipo documental como “el proceso de búsqueda, selección, lectura, registro, organización, descripción, análisis e interpretación de datos extraídos de fuentes documentales que existen en relación a un problema, con la finalidad de encontrar respuesta a interrogantes planteadas en cualquier área del conocimiento humano”. (p. 35).

Álvarez (1989), la entiende como “...un proceso basado en la recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales impresas, audiovisuales y electrónicas”. (p.18).

El propósito es el de aportar conocimientos para una interpretación adecuada de las modalidades de violencia sexual y su impacto en la dignidad de la mujer víctima, obstaculizando su desarrollo y bienestar, constituyendo una vulneración a sus derechos humanos, por lo que consecuentemente ante el daño que le genera en su valía como persona, lo cual repercute en su proyecto de vida, tales delitos deben ser declarado como imprescriptibles, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 18 de la Declaración y Programa de Acción de Viena²⁸⁵, artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas

²⁸⁵ Adopción: Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, Austria, 25 de junio de 1993.

de Discriminación contra la Mujer²⁸⁶, artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁸⁷ y en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia²⁸⁸.

2. Diseño

El diseño de la investigación es crítica- analítica, por sus características documentales, puesto que la situación estudiada se corresponde con un problema específico, con sus propias particularidades. Se descompone el tema de estudio en partes hasta hacer una síntesis.

3. Técnicas

La técnica utilizada fue la interpretación jurídica que conduce a la comprensión de la norma, según Álvarez (Ob. Cit), quien señala que consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno o grupo con el fin de establecer su estructura o comportamiento” (p. 20); de manera que el diseño se ajusta a la aplicación de la interpretación jurídica, como fuente y método válido en la ciencia jurídica, pues el tema en estudio es de implicación jurídica; busca explicar y complementar las normas jurídicas sometidas a reflexión.

Reyes, (1987), define la interpretación jurídica como un proceso intelectual que acompaña necesariamente la aplicación del derecho que depende de la formación jurídica, así como de la cultura de la persona que interpreta.

²⁸⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. *Entrada en vigor*: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27.

²⁸⁷Publicada en gaceta oficial extraordinaria N° 5453., de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 20 de diciembre de 1999.

²⁸⁸ Ley Orgánica Sobre los Derechos de la Mujer a una vida Libre de Violencia

En todo caso, manifiesta, las interpretaciones que se hagan de un precepto o conjunto de ellos, siempre deben estar en concordancia con el sistema al que pertenecen, recordando aquí la idea jurídica de “plenitud hermenéutica”, sus principios de coherencia y unidad, que traen como consecuencia no sólo la validez de esas normas, sino también la eficacia de las ya existentes.

Alzamora (1999), comenta a propósito de ésta, refiriéndose al camino a seguir en la tarea de la Interpretación de la norma jurídica, que cuando se aplica las normas a los hechos “...es necesario descubrir los pensamientos que encierran las palabras hasta llegar a los objetos; es a este proceso al cual el maestro Sanmarquino denomina interpretación. Nos dice además que el intérprete toma el lenguaje como punto de partida; sigue hasta el pensamiento y de allí al objeto”. (p.76)

La interpretación jurídica utilizada consistió en buscarle el sentido a la norma, es decir, encontrar, desentrañar, descubrir o develar a través de ella; esclarecer el sentido propio de la proposición jurídica y establecer el alcance, el significado cierto y cabal de la norma jurídica.

Las normas básicas para la interpretación es el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 18 de la Declaración y Programa de Acción de Viena²⁸⁹, artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁹⁰, artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁹¹ y artículos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia²⁹²

²⁸⁹Ob. cit.

²⁹⁰ Ob. cit.

²⁹¹Ob. cit.

²⁹²Ob. cit.

Para efectos de este trabajo el tipo de interpretación jurídica utilizada es, por una parte, doctrinal- lógica, por cuanto es practicada por profesional del derecho, especialista en el estudio del tema, y por la otra, es modificativa y extensiva, ya que busca ampliar las normas objetos de interpretación, dado la estrechez con que ha sido expresada por el Legislador venezolano, en cuyo caso se planteó una extensión interpretativa, buscando establecer, para comprender la intención del Legislador, la conexión de estas normas jurídicas objeto de análisis, con otras normas jurídicas establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano.

La interpretación jurídica doctrinal, es, según De la Cuba (2003),

...la interpretación practicada por los doctrinarios, por los teóricos, por los juristas o jurisconsultos, por los tratadistas, por los estudiosos del derecho, y en general por quienes se dedican a la ciencia del derecho; de ahí que también se le conozca a esta Interpretación como "científica" (...). ésta con frecuencia se divide en gramatical y lógica, según que derive sus argumentos del lenguaje (es decir, de las leyes de la gramática y del uso del lenguaje) o de su relación con otras leyes, del mayor valor de uno u otro resultado. (s/p)

Se aplica igualmente una interpretación extensiva, ya que la autora (como operador jurídico), en el análisis de las normas en confrontación extiende el alcance de la norma a supuestos no comprendidos expresamente en ella, por considerar que habría sido voluntad del legislador comprender en la norma a aplicar tales supuestos.

Alzamora, (Ob. Cit), manifiesta que este tipo de interpretación es utilizada "... cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso

decir, y se trata de averiguar cuáles son los verdaderos alcances de su pensamiento (...)" (s/p.)

El método de interpretación jurídica es lógico y sistemático. Se utilizaron razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma, y al mismo tiempo se consideraron a estas disposiciones jurídicas, objeto de análisis, como elementos que forman parte de un sistema de relaciones normativas orientadas hacia un determinado rumbo, en conjunción con otras normas. La acción es desentrañar su sentido a la luz de los principios inspiradores del sistema que la contenga.

De la Cuba, (ob.cit), al respecto comenta que los: precitados métodos se derivan de uno sólo: el método Lógico (...): Los denominados métodos analógico, sistemático, teleológico e histórico (...) no representan otra cosa que variantes o formas de manifestarse este último; porque todos ellos se fundamentan en los enunciados principios de la lógica, y porque desprovisto de aquéllos, el método denominado lógico carece de todo contenido(...) utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma . (...) consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

El Método Sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema, principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema. (s/p)

La doctrina de interpretación jurídica utilizada es un híbrido entre la exégesis y la libre investigación. La exegética se utilizó para centrar el análisis, exclusivamente en el fundamento legal establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Se averiguó en la interpretación la voluntad real del legislador, seguida de extensión interpretativa de esas normas por las insuficiencias dejadas por el legislador en el contenido de las mismas, aplicando también la analogía y la habilidad dialéctica, y la libre investigación para valerse de otras fuentes en caso de lagunas legislativas.

A propósito de este tipo de interpretación, De la Cuba (Ob.cit), señala que:

...los exegetas sostienen que el Derecho es la ley. La interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada. Se ha afirmado reiteradamente que mediante la Exégesis se procede a la interpretación del Derecho a partir de un texto legal (...).

En caso de lagunas en la legislación, el intérprete debe valerse de otras fuentes, como la costumbre e incluso en la naturaleza de las cosas, mediante lo que él denomina la "libre investigación científica" (...) con el propósito de captar la voluntad del legislador.

En este caso, se recurre al análisis gramatical de esas normas bases, se apela a la lógica para buscar el sentido de la Ley, relacionándolas con otras normas dentro del sistema normativo, se consideran los aportes de trabajos e investigaciones vinculados al tema y la experiencia profesional de la autora en esta materia de Violencia contra la Mujer, permitiéndose analizar una de sus modalidades como es la Violencia Sexual y su repercusión en la dignidad de la mujer y la valoración del ser interior vulnerándose derechos humanos que justifica la declaratoria de imprescriptible.

Para describir la magnitud de daño causado por la violencia sexual en la valoración de la mujer como ser humano. Se establecen opiniones especializadas desde el enfoque jurídico, psicológico y teológico

La siguiente diagramación explica el proceso lógico de la estructura metodológica

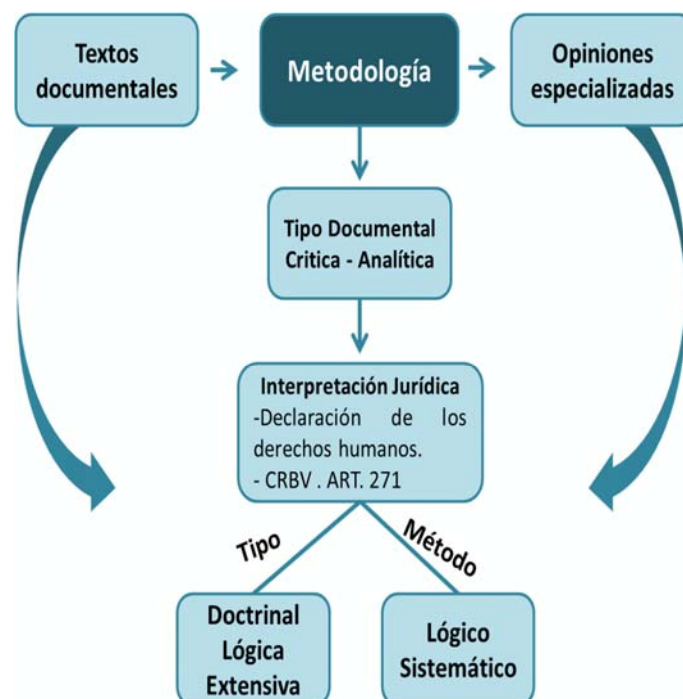


Figura 2: Estructura utilizada en el estudio del tema. Nota: autoría propia, (2014)

III. RESULTADOS

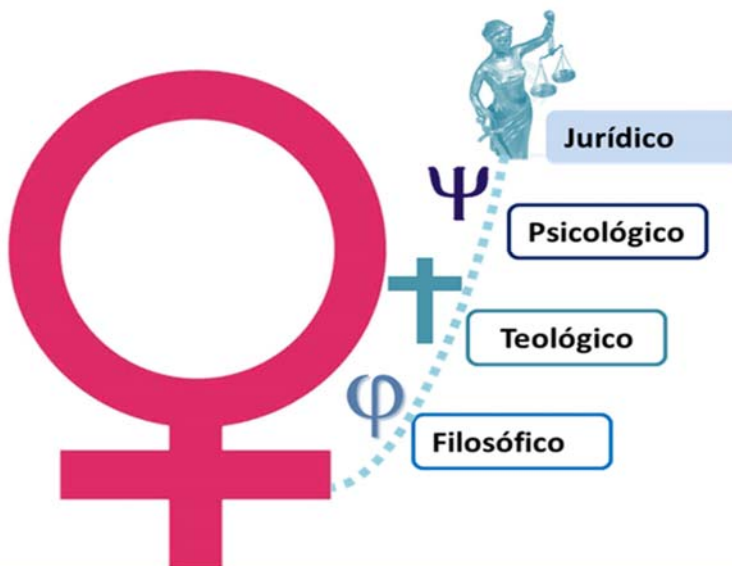
Esta focalización de las opiniones y argumentaciones especializadas en el tema de la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, desde el enfoque Jurídico, Psicológico, Teológico y Filosófico, establece los puentes necesarios para acercar a estas disciplinas, y así mostrar las consideraciones; porque cuando los problemas a tratar tienen que ver con el ser humano; el espectro de disciplinas se amplía.

Por tanto, el presente trabajo plantea desde el conocimiento interdisciplinar, la necesidad de relacionar perspectivas distintas, para tratar la dignidad humana, la violencia sexual en toda su profundidad y tener una visión completa en todas sus dimensiones.

De allí pues que, se presenta una fusión necesaria, que es la de situar en común las distintas visiones de un mismo tema: la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, con el propósito de promover la declaración de la violencia sexual como un delito imprescriptible y ayudar así a las partes intervinientes a actuar con mayor certeza jurídica.

OPINIONES ESPECIALIZADAS.

A continuación, se muestra una serie de opiniones y argumentaciones especializadas en el tema de la violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer, los cuales permiten tener una visión completa de esta problemática social, desde el enfoque Jurídico, Psicológico, Teológico y Filosófico. Con el propósito de promover la declaración de la violencia sexual como un delito imprescriptible y ayudar así a las partes intervinientes a actuar con mayor certeza jurídica.



Ciudad Guayana, 2015

1.1. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN ATENTADO CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER – Perspectiva Jurídica.

Opinión Especializada:

Abga. Dhayana Carolina Fernández Matos, Especialista en Género y Derechos Humanos de las Mujeres.

La violencia sexual es una de las formas más grave de violación de derechos humanos que afecta derechos de distinta índole, entre ellos la integridad personal, la libertad personal e incluso, la vida, entendiendo que la obligaciones de los Estados en garantizar el derecho a la vida, no se cumple únicamente con no matar o no permitir la matanza, sino asegurar condiciones materiales para una vida digna y el desarrollo del proyecto personal de vida. Obviamente las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de la violencia sexual para las mujeres pueden afectar, incluso permanentemente, las posibilidades de desarrollar de un proyecto de vida y además, se trata de una de las formas más extremas de ofensa y de humillación que puede sufrir una persona y en ese sentido, es un claro atentado contra la dignidad humana.

A lo dicho, se puede agregar que hace ya un tiempo que Rhonda Copelon señaló que la violencia sexual se asemeja a la tortura y así ha sido reconocido en los tribunales penales internacionales (Caso Celibici).

Sin embargo, es necesario extender al ámbito interno la consideración de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y para ello, resulta oportuno el reconocimiento de los derechos sexuales, entre ellos, el derecho a tener el control sobre el propio cuerpo y el derecho a decidir libremente y sin coacciones sobre la sexualidad, como derechos humanos.

Así las cosas, la violencia sexual, asimilada a la tortura y por lo que implica este tipo de violencia para la mujer, constituye una violación grave de los

derechos humanos y debería considerarse como un crimen de lesa humanidad, aunque no se trate de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, debido a la magnitud de las secuelas que este tipo de delito acarrea en la vida de las mujeres ya que atenta contra su dignidad personal y es un obstáculo al ejercicio de los derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-881 del año 2002, ha definido tres elementos claves que deben estar presentes en la definición de dignidad humana, a saber: "(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)".

De esta definición se puede concluir que el atentado contra la dignidad humana de las mujeres víctimas de violencia sexual queda evidenciado en el hecho de no poder vivir como quiera, porque la violencia sexual obstaculiza e incluso llega a impedir el desarrollo de un proyecto vital, también se truca el vivir bien, ya que las condiciones materiales pueden resultar insuficientes ante la magnitud del daño causado y, por último, resulta claro que las mujeres víctimas de este tipo de violencia, han padecido algunas de las formas más extremas de maltrato, ofensas y humillaciones que persona alguna pueda sufrir.

En el caso de Venezuela, el artículo 29 de la Constitución ha señalado que los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves de los derechos humanos son imprescriptibles.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, haciendo una interpretación de este artículo 29, estableció que los delitos de tráfico de drogas se asemejan a los crímenes de lesa humanidad por la magnitud del daño que estos delitos ocasionan en la población, declarando estos delitos como imprescriptibles.

Si esto es así, en el caso de violencia sexual aún con más razón existen suficientes elementos para considerar que se trata de una violación grave de los derechos humanos, que afecta la integridad de las mujeres y uno de los bienes más valiosos: la decisión sobre el propio cuerpo y cuyas secuelas pueden causar daños permanentes y de por vida, por lo que debería considerarse crimen de lesa humanidad y ser imprescriptible.

1.2. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN ATENTADO CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER – Perspectiva Psicológica.

Opinión Especializada:

Las consecuencias físicas y psicológicas para la mujer víctima de violencia son múltiples a nivel de su salud integral, trastornos tales como dolor de espalda o de pelvis, trastornos ginecológicos, embarazos con complicaciones, enfermedades de transmisión sexual (ETS), dolores de cabeza, trastornos del sistema nervioso central y afecciones cardíacas o circulatorias son comunes, así como los “trastornos funcionales”, como por ejemplo el síndrome de colón irritable, la fibromialgia, los trastornos del aparato digestivo y diversos síndromes de dolor crónico. La salud reproductiva de las mujeres también puede verse afectada por la violencia. (Krug et al., 2002)²⁹³

Las secuelas provocadas por el maltrato físico son evidentes, pero el impacto a nivel psicológico y el deterioro en la calidad de vida de estas mujeres es más difícil de identificar y evaluar. Para poder establecer el impacto de los efectos de la violencia contra la mujer sobre la salud individual y sobre la salud pública, se ha establecido un indicador basado en la pérdida de Años de Vida Saludables (AVISA). Este indicador permite calcular el número de años perdidos en relación a una esperanza de vida teórica, que determinaría el número de pérdida de AVISA que se producen como consecuencia de la violencia de pareja (Lorente, 2001). Se ha considerado que

²⁹³ Krug, E.; Dahlberg, LL, Mercy JA, Zwi, AB, Lozano, R., eds. (2002). Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud. Ginebra: Organización Mundial de la Salud

²⁹³ A inicios de los 80 se conceptualizó un indicador llamado Años de Vida Saludables (AVISA). En primera instancia, este indicador surge de un estudio realizado en Ghana en 1981. Ghana Equipo del Proyecto de Evaluación de Salud (Ghana Health Assessment Project Team 1981), que desarrolló un método para calcular cuantitativamente el impacto en la salud de diferentes procesos, con el fin de comparar el impacto potencial en la salud de la población de varios programas de intervención. La medición del estado de salud. Género, carga de morbilidad y establecimiento de prioridades en el sector salud. Hanson, Kara. 2000. Pág. 20

3. Lorente, M. (2001). *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Crítica.

los daños físicos suponen el 55% de los AVISA perdidos, mientras que los “no físicos”, referidos a los psicológicos y a la salud reproductora, suponen el 45%.

La OMS considera el maltrato como uno de los mayores asuntos de salud y de derechos humanos. En el Informe Mundial sobre Violencia y Salud de la OMS (Krug et al., 2002) se resumen sus principales consecuencias psicológicas:

- Depresión y ansiedad
- Tristeza
- Ansiedad o angustia
- Fobias y trastorno de pánico
- Insomnio
- Cambios del estado de ánimo
- Ganas de llorar sin motivo
- Trastorno de estrés postraumático
- Trastornos de la conducta alimentaria y del sueño
- Trastornos psicosomáticos
- Sentimientos de vergüenza y culpabilidad
- Conductas autolíticas y autodestructivas
- Abuso de alcohol y drogas.
- Irritabilidad
- Baja autoestima
- Suicidio o ideación suicida

En la Macroencuesta²⁹⁴ del Instituto de la Mujer de España⁴ se señalan los siguientes consecuencias psicológicas:

²⁹⁴ Macroencuesta de violencia de género 2011. Los informes del Instituto de la Mujer relativos a los resultados de las Macroencuestas de 1999, 2002 y 2006 se referían a maltrato contra las mujeres en el ámbito familiar y no distinguían la violencia de género de la violencia doméstica. En esos informes se distinguía el “maltrato técnico” (denominado de “Tipo A”. que se deducía de una serie de respuestas de las encuestadas en las no se manifestaba expresamente el maltrato, pero de las que se deducía al mismo) y el “maltrato declarado”

- Ganas de llorar sin motivos
- Cambios de ánimo,
- Ansiedad o angustia
- Inapetencia sexual
- Irritabilidad,
- Tristeza por pensar que no se vale nada
- Dolores de cabeza
- Gripe,
- Dolores de espalda o articulaciones,
- Insomnio o falta de sueño
- Fatiga permanente

Otras respuestas habituales a consecuencia del trauma son las siguientes:

Minimización de lo ocurrido o negación del peligro

Distorsiones cognitivas (idealización de su agresor)

Disociación conductas de “cuidado” de su agresor como estrategia de afrontamiento (conductas de pena, apaciguamiento, justificación, complacerlo, decirle que busque ayuda terapéutica)

(denominado de “Tipo B”, que se refería al que las mujeres manifestaban haber sufrido en el último año).

Las explotaciones de datos que se han realizado desde la Delegación del Gobierno se refieren exclusivamente a maltrato declarado y proveniente de varones que son o han sido marido o pareja de las mujeres encuestadas. En este sentido, en los cuadros de datos y gráficos, y en el correspondiente análisis, se tiene en cuenta:

El total de mujeres encuestadas

Las mujeres encuestadas que manifestaron no haber padecido NUNCA violencia de género

Las encuestadas que señalaron haber sufrido maltrato de género en el último año (“Tipo B”)

Las encuestadas que dijeron que habían padecido maltrato de género alguna vez en la vida (“Tipo C” que incluye, en todo caso, el maltrato de “Tipo B”).

Las encuestadas que declararon que sufrieron maltrato de género alguna vez en la vida pero que NO habían padecido ese maltrato en el último año (“Tipo D” = “Tipo C” menos “Tipo B”).

Corsi (1995)²⁹⁵ dice que vivir en la violencia suscita una ansiedad extrema con respuestas de sobresalto y alerta constante puesto que la mujer siente que su integridad y a veces su vida, está amenazada. Agrega a los síntomas anteriores el déficit en la resolución de problemas: Alexitimia²⁹⁶, culpa por comisión u omisión, sentirse desbordada o agobiada, sensación de que ha cambiado su mundo, desilusión con respecto a la justicia y la autoridad, conductas autodestructivas, sentimientos de indefensión, problemas de memoria, problemas para relacionarse.

Como consecuencia de una agresión se producen cambios en el sistema de creencias.

Kilpatrick & Otto (1987)²⁹⁷ lo explican de la siguiente manera: la gente generalmente asume que su mundo es predecible, justo, legal y seguro, pero después de ser victimizado estos supuestos básicos son sacudidos, lo que produce un sentimiento de vulnerabilidad, rabia y una necesidad de comprender por qué fueron abusados. Cuando las personas han sido expuestas a hechos inesperados e incontrolables, reaccionan con pasividad (indefensión aprendida y desesperanza)

²⁹⁵ . Corsi, J. (1994). *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*. Buenos Aires. Paidó

²⁹⁶ La alexitimia es un trastorno neurológico que consiste en la incapacidad del sujeto para identificar las emociones propias y, consecuentemente, la imposibilidad para darles expresión verbal.

²⁹⁷ Kilpatrick, DG, LJ Veronen y PA Resick. 1987. "Las secuelas psicológicas a la violación: Evaluación y estrategias de tratamiento." En Doleys DM, Meredity RI y AR Ciminero, eds., *Medicina Conductual: Evaluación y estrategias de tratamiento* . Nueva York: Plenum.

En la sexualidad humana se observan significativas diferencias en relación a la sexualidad puramente biológica. Es una dimensión fundamental de la identidad enraizada en el espíritu humano. Su cuerpo no es vehículo de su espíritu, sino que es la revelación de su unidad personal de espíritu y cuerpo. Su feminidad o su masculinidad impregnan su percepción del mundo y las relaciones que establece con él, a través de su libertad inteligente y sus decisiones.

El sexo socio-cultural: por el que uno identifica a otros como hombres o como mujeres por su manera de vestir, comportarse, hablar entre otros. De acuerdo a las costumbres culturales aprendidas, como un medio para poder expresar la identidad y los comportamientos de hombres y mujeres, y el sexo psíquico: por el que uno se identifica con su propia sexualidad tanto en su fisiología como en las tendencias naturales que se derivan de ella. Estas son dimensiones que expresan la realidad humana que va más allá del elemento biológico. La identidad sexual se produce cuando uno descubre la relación adecuada que ha de existir entre la realidad objetiva de su cuerpo sexuado y la vivencia subjetiva de su sexualidad. Si uno es hombre, percibe su identidad como hombre. Si esta identificación no se da, hay una anomalía o desajuste en la personalidad.

El conjunto de factores educativos, familiares, sociales, y circunstancias personales que influyen en el desarrollo de un ser humano sexuado, influye en la configuración de su personalidad y de su individualidad, pero siempre como hombre o como mujer.

Siendo el ser humano un ser social, no sólo se identifica consigo mismo y con su sexo, sino que otros (con los que convive) le identifican por su sexualidad. Cuando uno se encuentra con otro ser humano, la primera

constatación que hace, casi sin pensar, es acerca de la sexualidad del otro e intuitivamente adapta su manera de comportarse según sea hombre o mujer.

Por tanto, no se puede hacer de la sexualidad humana una actividad externa a la persona. Se expresa en todos sus actos y, por ello, no puede ser objeto de uso. Usar la sexualidad implicaría también usar al ser humano que se identifica con ella. Cualquier práctica que intenta usar al ser humano (como la prostitución, la pornografía, y la violencia sexual) niega el fin del ser humano y tiene consecuencias serias en su psicología, en su cuerpo y, sobre todo, en su espíritu.

1.3. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN ATENTADO CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER – Perspectiva Teológica

Opinión Especializada:

Dr. Samuel Marcano²⁹⁸. Especialista en Teología.

Desde la perspectiva teológica ni la violencia ni el maltrato a la mujer como manifestación específica de violencia son aceptados. La violencia del ser humano contra su prójimo está claramente condenada en la Biblia²⁹⁹ (Éxodo 20:13).

La acción de Dios frente a la violencia se puede ver reflejado en el primer acto violento cometido en la historia de la humanidad. Este relato está contenido en Génesis 4:1-15. Es el relato del primer asesinato. Caín mata a su hermano Abel. Del texto llama la atención que tan pronto Caín se enoja contra su hermano, Dios hace todo lo posible por persuadirlo a cambiar de actitud:

Si hicieras lo bueno, podrías andar con la frente en alto. Pero si haces lo malo, el pecado te acecha, como una fiera lista para atraparte. No obstante, tú puedes dominarlo. (Génesis 4:7)

Y después que Caín tomó su propia decisión en contra del consejo divino y mata a su hermano, entonces Dios interviene y castiga al culpable:

—¡Qué has hecho! —exclamó el Señor—. Desde la tierra, la sangre de tu hermano reclama justicia.

²⁹⁸ Samuel Marcano. Maestría en Teología Bíblica Contextualizada del seminario ProMETA con sede en Costa Rica. Blog: <http://samuelmarcano.wordpress.com/> y Reflexiones Bíblicas Contemporáneas:

²⁹⁹ Biblia. Reina Valera Contemporánea (1960), revisión en castellano utilizada en América Latina desde hace más de cuatro siglos. Sociedades Bíblicas Unidas

Por eso, ahora quedarás bajo la maldición de la tierra, la cual ha abierto sus fauces para recibir la sangre de tu hermano, que tú has derramado. Cuando cultives la tierra, no te dará sus frutos, y en el mundo serás un fugitivo errante. (Génesis 4:10-12)

Esa es la posición de Dios frente a la violencia: prevención y castigo (el castigo en caso que la persona haga caso omiso a la prevención). La Biblia enseña claramente que la esencia de Dios es el amor (1Juan 4:8). Por esa razón, él no apoya ningún tipo de acción violenta contra el ser humano porque eso va contra su propia naturaleza amorosa.

El castigo divino por la violencia cometida contra el ser humano toma la forma de una intervención directa de Dios contra el infractor o a través de las instituciones humanas establecidas con ese fin. Dios mismo fue quien instituyó la llamada Ley del Tali3n, que b3asicamente era una ley para poner l3mite a la violencia del hombre contra su pr3ojimo (G3nesis 9:6; 3xodo 21:23-25). De no establecerse tales limites, hubiese sido indetenible la violencia en el g3nero humano.

Una raz3n subyacente por la cual Dios est3 en contra de la violencia del ser humano contra su pr3ojimo, es porque el ser humano fue creado a imagen de Dios: *Si uno derrama la sangre de un hombre, otro derramar3 la suya; porque Dios hizo al hombre a su imagen. (G3nesis 9:6)*³⁰⁰.

De acuerdo a la Biblia es esta imagen de Dios en el hombre la que realmente da dignidad al ser humano. Todos los seres humanos tienen la imagen de Dios por lo tanto todos tienen una dignidad intr3nseca que no depende de su clase social, raza, sexo ni ninguna otra condici3n ex3gena a su

³⁰⁰ Estamos de acuerdo con los te3logos que se3alan que la imagen de Dios en el hombre tiene que ver con esa capacidad que tiene el ser humano de pensar, sentir y decidir (pensamiento, emociones y voluntad) que Dios posee tambi3n y trasfiri3 al hombre y la mujer.

naturaleza humana. Comprender esto es la base para el respeto mutuo entre las personas.

Hemos establecido que Dios rechaza y castiga la violencia del ser humano contra su prójimo. Pero cuando esta violencia es dirigida contra la mujer las implicaciones son mayores aun. Dios considera a la mujer como un vaso frágil (1Pedro 3:7).

Se puede apreciar con toda claridad la forma como Dios protegió a la mujer de maltratos físicos:

Si algunos riñeren, e hirieren a mujer embarazada, y ésta abortare, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces. Más si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, (Éxodo 21:22-23).

Esta ley protegía a la mujer embarazada de ser golpeada accidentalmente en una discusión. Era probable que si dos hombres estaban discutiendo y la mujer de uno de los dos intervenía, pudiera ser golpeada. Dios actúa a favor de la mujer y de su bebé en caso de que ellos sufran algún tipo de violencia en medio de la discusión. Se nota aquí no solo una protección para la mujer sino para el fruto de su vientre (una legislación bastante adelantada para su tiempo).

También había una legislación en la ley de Dios para el caso de las violaciones sexuales:

Pero si fue en despoblado donde el hombre encontró a la joven prometida, la forzó y se acostó con ella, morirá sólo el hombre que se acostó con ella; a la joven no le harás nada, no es rea de muerte; es como si uno ataca a otro y lo mata: él se la encontró en despoblado y la muchacha gritó, pero nadie podía defenderla. (Deuteronomio 22:25-27)

Si se toma en cuenta que estas leyes fueron promulgadas para el pueblo de Israel aproximadamente en el año 1500 a.C. podremos entender mejor cuán importante era para Dios la protección de la mujer de la violencia física y sexual. Es bien sabido que las violaciones eran muy comunes y aceptadas en aquellas sociedades tribales. El hombre tenía “derecho” a poseer a cualquier mujer sin más restricción que su propio deseo sexual. Esta legislación exhibe un alto concepto de la dignidad de la mujer frente al acoso sexual penalizando al infractor con la máxima pena (pena de muerte) por su violación. De hecho, se compara la violación aquí con el asesinato.

Desde la perspectiva teológica entonces, encontramos que Dios reprueba y castiga duramente la violencia física o sexual que se cometa contra la mujer porque ella trae consigo la imagen misma de Dios que le da dignidad como ser humano en el mismo nivel que el hombre. Cualquier violencia contra la mujer se considera, desde esta perspectiva, como una violencia contra la imagen de Dios. Por eso es duramente castigada en la Biblia.

2. Fundamentación

Propuesta para una reforma de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, perspectiva: La violencia sexual como un delito imprescriptible.

Se fundamenta en un esquema teórico-jurídico que sirve de guía en la reforma a la Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, en cuanto a la selección, diseño y organización de las acciones que conforman la propuesta.

Los componentes básicos de este esquema son:

1. Las teorías en que se basa:
 - Medidas de afirmación positiva
2. Jurisdicción venezolana
 - Constitución de la República bolivariana de Venezuela
 - Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (Revisión de la prescripción de los delitos).
 - Código penal
3. La metodología de intervención que promueve:
 - Reforma a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Capítulo VI DE LOS DELITOS.
 - Plan de atención integral a las víctimas de violencia sexual

PREAMBULO

2.1. Medidas de afirmación positiva

El derecho tiene una fuerza constitutiva

La doctrina de la sociología del derecho, ha ido generalizando la idea de que el derecho no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades sociales³⁰¹

Las categorías que establece el derecho para distinguir entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad.

Los contenidos de las normas pueden influir en las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el derecho induce a determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que puede terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurren en ellas.

Las prácticas que se originan en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas relativas a los comportamientos esperados de hombres y mujeres, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es el lugar y el comportamiento apropiado para ambos sexos en esta sociedad. Lo que hagan y digan las y los funcionarios de la administración de justicia en ese proceso, es parte de la dinámica de

³⁰¹Ver entre otros Correas, Oscar. *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo sociosemiológico*. UNAM, México 1993' Rivera, Efrén. "Derecho y Subjetividad". Ponencia presentada en el Seminario sobre el mismo tema celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. España, 1994.

producción y reproducción de los actos de discriminación que afectan a mujeres y hombres.

Las ciencias tradicionales tales como el derecho, han iniciado sus análisis, propuesto sus doctrinas y elaborado las normas partiendo de las experiencias de quienes han tenido el poder de decidir y definir. Esto significa, que mayoritariamente se han planteado y han respondido a aquellos conflictos que son problemáticos desde la experiencia social de cierto tipo de hombres (blancos, occidentales, mayores de edad, sin discapacidades visibles, heterosexuales, de clase alta, etc.).

En consecuencia son las necesidades y conflictos de este tipo de hombres los que están codificados por el derecho y por ello el modelo o paradigma de la mayoría de las leyes y sus interpretaciones sigue siendo el varón³⁰².

Es decir, el derecho ha sido parte de la hegemonía cultural que los hombres poseen en nuestra sociedad. Esto significa que la forma de ver la realidad social por parte del grupo hegemónico es aceptada como normal y como parte del orden natural de las cosas, aún por aquellas personas que están subordinadas a ellos.

De esta forma, lo que ha parecido problemático y por lo tanto importante de legislar desde las perspectivas de las experiencias de las mujeres no siempre ha parecido problemático desde las perspectivas de las experiencias de los hombres. Ejemplo de ello es el trabajo doméstico no remunerado, la violencia doméstica, la desigual distribución de las responsabilidades familiares, etc., que cuando se han pretendido legislar o juzgar, no se han visto

³⁰² Fabio, Alda. Cuando el género suena piedras trae: metodología para el análisis del género del fenómeno legal. ILANUD, San José C.R., 1992.

como problemas sociales que afectan a todo el país, sino como problemas específicos y aislados que individualmente sufren "algunas mujeres".

Como el derecho no es un ente neutral, la mayoría de los códigos y leyes están permeados de una perspectiva parcial (hecha y pensada por cierto tipo de hombres) que por siglos se ha proclamado como una perspectiva neutral y universal o válida en cualquier tiempo y para cualquier ser humano. Prueba de ello, son los resultados discriminatorios de la aplicación e interpretación de las normas que develan que dicha perspectiva tiene un referente o modelo en donde entran muy pocos.

¿Significa ello que toda escogencia de método de interpretación de las normas está permeada de una perspectiva aparentemente neutral, que esconde un modelo de ser humano y una visión de mundo parcial?

El derecho constitucional estudia tanto el conjunto de normas y prácticas que disponen la organización básica del poder político como las relaciones entre el Estado y las personas, en particular las restricciones y obligaciones en relación con un catálogo de derechos y garantías y sus mecanismos de control y protección.

Siendo el objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que, el punto de partida es asimétrico y que, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria." Una sociedad igualitaria demanda la reconstrucción de sus reglas primarias a fin de incorporar las perspectivas de las mujeres.

Cabe aclarar que algunos países de América Latina ya cuentan con legislación o reglamentaciones que incorporan mecanismos de acción

positiva³⁰³. Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece en su artículo 4.1 que "la adopción por parte de los Estados Partes de las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación". Shelag Day afirma que existen dos formas de leer la Convención:

1) como una garantía formal de igualdad, que acuerda un tratamiento simétrico similar a varones y mujeres y que admite a través de su artículo 4 medidas positivas como excepciones a la regla de igual tratamiento.

2) como una garantía de igualdad sustantiva a los fines de mejorar las condiciones de vida de las mujeres y, así, el artículo 4 se convierte en una guía interpretativa para discernir el propósito real de la Convención. Sólo esta segunda interpretación es consistente con el propósito y espíritu de la Convención. Desde esta perspectiva, los artículos 2, 3 y 4 de la Convención

³⁰³ Así, la Constitución Paraguaya de 1992 establece en su capítulo dedicado a los Derechos y Deberes Políticos, en el Artículo 117: "Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, en la forma que determinen esta Constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas." La Constitución Colombiana de 1991, establece en su Artículo 40: "Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública." La Constitución Argentina, en la reforma de 1994 estableció en su Artículo 37: "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." En sentido similar se pronuncian el Artículo 27 de la Constitución de Nicaragua de 1987 reformada el primero de febrero de 1995 y el Artículo 44 de la Constitución de Cuba, vigente desde 1976, reformada en julio de 1992. A nivel de leyes nacionales se destacan la ley 24.012 de la República Argentina, sancionada el 6 noviembre de 1991, que fija un mínimo de 30% de participación obligatoria de mujeres en las listas de los partidos políticos a cargos electivos y la ley 9.100/95 de Brasil (IW fi-lo las normas para las elecciones municipales de octubre de 1996 y dispuso que el 20% de las candidaturas de cada partido político tienen que ser mujeres. Ver Bermúdez Valdivia, Violeta. *Mzqer e18""_j'd"d* Política en Derechos Humanos de las Mujeres. Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1996. Pág' 99'

no sólo permiten sino más bien obligan a los Estados a adoptar acciones positivas como una estrategia, entre otras adecuadas, para eliminar la discriminación contra las mujeres.

Actualmente se ha superado la división entre el derecho internacional y el derecho interno, en relación a los derechos humanos. El derecho constitucional se ocupa hoy de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Así, la protección internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno son dimensiones interdependientes y complementarias. Se ha sostenido que "el carácter mínimo y subsidiario que reviste del derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual, para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única -aunque sí mínima-- y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados.

Los tratados internacionales de derechos humanos establecen no sólo un catálogo de derechos sino que avanzan en los mecanismos de protección de estos derechos. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene el derecho a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención" (Art. 25.1). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, (Sentencia del 29 de julio de 1988) afirmó que «la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la

realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» y que «esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos».

Lo cual da surgimiento a una de las instituciones jurídicas por polémicas de los últimos tiempos n de las acciones positivas ha sido uno de los temas más polémicos de las últimas décadas en diversos países. El debate público sobre las acciones positivas se ha caracterizado por los vínculos que esta cuestión mantiene con algunas discusiones de suma importancia en el campo filosófico, político y moral. Particularmente, este debate tiene una estrecha relación con los conceptos más básicos de justicia e igualdad. En este sentido, la discusión respecto a los programas de acciones positivas tiene significativas consecuencias constitucionales y políticas.

Numerosos análisis respecto de las conexiones entre acciones positivas, justicia e igualdad han sido desarrollados tanto por juristas como por filósofos. En Estados Unidos³⁰⁴, la Corte Suprema de Justicia resolvió diez casos sobre cuestiones relativas a acciones positivas entre 1978 y enero de 1990. Esta actividad judicial ha generado un mayor debate público y académico. Se ha alcanzado un notable desarrollo en el campo legal y filosófico. La cuestión terminológica ha sido elucidada en un alto grado y las diversas posiciones y justificaciones para aceptar o rechazar los programas de acciones positivas han sido clarificadas.

³⁰⁴ Ver Simposio: Regentes de la Universidad de California v. Bakke (1978); Simposio: DeFunis (1975) y Simposio sobre Discriminación Inversa (1979-80) realizados en Estados Unidos.

Este trabajo intentará demostrar que el mecanismo de acción positiva para la composición de las listas de los partidos políticos no es cuestionable constitucionalmente. Por el contrario, pretendo probar que este mecanismo tiene un sólido fundamento legal y filosófico. A tal efecto, procuraré desarrollar y articular los objetivos y fundamentaciones de los programas de acciones positivas en general y aplicarlos a este mecanismo particular. La aspiración de este trabajo es establecer las posibles justificaciones para el sistema de cuotas en los partidos políticos y refutar los argumentos en su contra. Para ello, me propongo articular principios que operan en diversas concepciones de la igualdad, con el objeto de comprobar la legitimidad de este sistema de cuotas en términos de las concepciones filosóficas y constitucionales más difundidas de justicia y equidad.

2.2. La aplicación de los criterios de igualdad a las mujeres. el caso de las acciones positivas

Planteamiento histórico. Los orígenes de las acciones positivas

Desde el punto de vista histórico ha habido muchos grupos en situación de discriminación. La raza o el origen étnico, la nacionalidad, el sexo, u otros perfiles han sido utilizados para tratar de modo diferente a las personas, y en muchos casos para limitar o impedir el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales.

El proceso ha sido obvio y especialmente significativo en el caso de las mujeres, que constituyen la mitad de la sociedad y que no puede ser considerada como grupos minoritarios. Solo hasta la segunda mitad del siglo XX, en la sociedad europea, se hizo presente el reconocimiento del derecho al voto.

Esta situación dista mucho del reto de la igualdad al que han aspirado todas las declaraciones de derechos desde el inicio, y dista aún más de los ideales revolucionarios que rompieron con la sociedad estamental y aspiraron a la igualdad de todos los seres humanos.

Gracias a la influencia de los movimientos sociales, han sido reconocidos legalmente algunos derechos. En el caso de las mujeres, el movimiento feminista ha jugado un papel importantísimo reclamando el reconocimiento legal al ejercicio de los derechos reconocidos para todo ser humano.

Al margen de la evolución y logros del movimiento feminista y de las organizaciones de mujeres, no se puede omitir el hecho de que la igualdad es una aspiración social y en ese sentido es importante plantearla como una responsabilidad de toda la sociedad.

Ha habido en los últimos años un cambio sustancial en la propia apreciación de la desigualdad entre mujeres y hombres. Los reclamos de igualdad, que inicialmente se entendieron como un «problema» de las mujeres, han sido ahora trasladados al ámbito de los derechos humanos, cuya protección corresponde prioritariamente a los Estados, y cuya salvaguarda compete a toda la sociedad civil.

Esta diferencia de percepción ha motivado un cambio en la aproximación legal y política a la igualdad entre mujeres y hombres. Y la opinión pública mundial ha terminado aceptando que la desigualdad entre mujeres y hombres es una de las lagunas para consolidar un sistema

democrático, y sobre todo, una de las mayores injusticias históricas que ha llevado a marginar a la mitad de la sociedad³⁰⁵.

Seguramente la sensibilización respecto a la situación de las mujeres ha explicado y legitimado la adopción de medidas para favorecer su incorporación a la sociedad, de modo que esas medidas no se consideren discriminatorias respecto a los hombres.

En esta línea de argumentación se sitúa la figura de las acciones en el caso de las mujeres. Aunque me centraré en ellas quisiera ahora plantear cuál es el origen histórico de la fórmula jurídica acción positiva, para concretar después las consecuencias asumidas respecto a las mujeres.

La fórmula de las acciones positivas se empieza a utilizar en los Tribunales americanos de forma esporádica, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, para reconocer alguna medida de remedio impuesta a favor del defendido³⁰⁶. En Estados Unidos se introdujo de manera explícita respecto a las mujeres en la década de los 60, durante la Administración Kennedy, cuando el Gobierno aprobó una serie de medidas dirigidas a eliminar cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta en los equipos de gobierno.

Sin embargo, fue en la época de la Administración Nixon, cuando se introducen las acciones positivas a favor de las mujeres, con la finalidad de extender el empleo femenino. El propio Presidente Nixon, con su secretario George Schultz y el consultor laboral Laurence Silberman prepararon el denominado Plan Philadelphia.

³⁰⁵ El término marginación se entiende como un trato de ausente para las personas que están presentes, siguiendo la terminología utilizada por J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

³⁰⁶ La evolución y origen de las acciones positivas fue planteada por la jueza de la Corte Suprema Americana, R. Ginsburg en la conferencia que sobre el particular impartió en Salzburgo, en agosto de 1998.

El Plan aprobado establecía una serie de cuotas a los empresarios para incrementar el número de mujeres en el mercado laboral, y aunque no se argumentaba acerca de la base jurídica de estas medidas, valió la referencia a los criterios de justicia y de igualdad económica entre mujeres y hombres.

Pero lo cierto es que es en la década de los 70 cuando a juicio de Ginsburg- se extiende la figura de las acciones positivas desde el ámbito político y académico. Las agencias gubernamentales en Estados Unidos, así como las Universidades y los empresarios aprobaron diferentes planes para favorecer el incremento de las mujeres y su visibilidad en distintos sectores de actividad social.

De modo que la constitucionalidad de las acciones positivas queda a la discrecionalidad de los Tribunales en su interpretación sobre la igualdad ante la ley³⁰⁷, reconocida en la enmienda XIV de la Constitución Americana³⁰⁸.

Sin embargo, la enmienda no especifica los criterios para justificar la igualdad ante la ley y, por tanto, ha sido la práctica jurisprudencial la que ha establecido algunos criterios, sobre todo respecto a la raza y el sexo.

En cuanto a la raza, una de las primeras sentencias de la Corte Americana remite a 1944, al caso *Korematsu* contra los Estados Unidos de

³⁰⁷ Refiriéndose a este tema, la jueza Ginsburg afirmó: La legislación americana no expresa todavía en esa época la acción positiva. Simplemente concede al Congreso la facultad de reforzar a través de la legislación apropiada, los instrumentos fundamentales para garantizar la igualdad. Por tanto, la constitucionalidad de las acciones positivas depende en los Estados Unidos de la interpretación judicial que se haga de la promesa constitucional en torno a la igual protección de las leyes establecida en la enmienda XIV de la Constitución.

³⁰⁸ La enmienda XIV de la Constitución americana, ratificada el 9 de julio de 1868 establece en la sección segunda que no se negará a ninguna persona la igual protección de las leyes, dentro de los límites de la jurisdicción americana, referida a los ciudadanos americanos: nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

América³⁰⁹. Se planteaba la constitucionalidad de una ley de ámbito federal, que obligaba a los japoneses-americanos de California a ser internados en campos de concentración. Aunque en los argumentos la Corte entendió que había elementos de raza/nacionalidad, tenía prioridad la defensa de un interés mayor que en este caso fue la seguridad nacional, lo que justificó la constitucionalidad de la norma.

En cuanto al sexo, las sentencias han sido más tardías. Fue en 1976 cuando se planteó el caso *Craig & Boren*³¹⁰, cuestionando la constitucionalidad de una ley de Oklahoma que establecía el límite de edad para beber alcohol para mujeres en los 18 años y para los hombres en los 21 años. En este caso, la Corte entendió que no había un interés superior que pudiera justificar la diferencia y declaró la norma inconstitucional.

Sin embargo, aunque se han dado estos antecedentes, podría afirmarse con Ginsburg que la Corte Suprema americana sentenció por primera vez sobre las acciones positivas para fomentar la igualdad racial en el año 1978, en la sentencia del caso *Bakke* contra la Universidad de California. El caso motivó seis opiniones de los nueve jueces que componían el Tribunal, cuya decisión final fue preparada por el Juez Powell, que argumentó de forma contraria a las cuotas, identificando éstas con las acciones positivas, como ha sucedido en algunos Tribunales y países de tradición jurídica anglosajona.

El caso planteado cuestionaba la constitucionalidad de las cuotas establecidas en la Facultad de Medicina de la Universidad de California para admitir estudiantes pertenecientes a minorías, aun entendiendo que en las Universidades Públicas la raza puede ser uno de los factores a tener en cuenta

³⁰⁹ Caso *Korematsu & Estados Unidos de América*, 323 US 214 (1944), citado por D. Giménez, *Una manifestación polémica del principio de igualdad (Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa)*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 40 y ss.

³¹⁰ *Ibidem*.

para admitir a los estudiantes. El Juez Powell diferencia entre considerar la pertenencia a minorías raciales como un factor para favorecer la admisión de estudiantes, y establecer una cuota rígida designando un determinado porcentaje para admitir a estudiantes de minorías raciales.

La preocupación fue, en aquel momento, que los planes de acciones positivas abrieran la puerta a grupos desfavorecidos sin tener en cuenta las oportunidades individuales, que han sido un criterio constante en la jurisprudencia americana. En este sentido, el Juez Powell argumentó que el establecimiento de las cuotas en una Universidad no iba a remediar las desigualdades sociales.

Un caso similar se planteó en 1980³¹¹, aunque todos los jueces se sumaron a la opinión mayoritaria y no hubo opiniones discrepantes. En este Caso se cuestionaba la constitucionalidad de una normativa del Congreso de los Estados Unidos, por la que se reservaba un 10% de los fondos federales para apoyar las empresas y negocios que estuvieran dirigidos o gestionado por personas pertenecientes a minorías.

En la sentencia, el Juez Burger argumentó que los congresistas reciben una delegación de poder que representa a toda la sociedad y en esa delegación se incluye la competencia para decidir la utilización de los fondos públicos de modo que estén destinados al bienestar general, en los mismos términos que la competencia para regular cuestiones de comercio o para utilizar la cláusula de protección de la igualdad reconocida constitucionalmente. Basándose en esta autoridad, la Corte consideró que era permisible que el Congreso destinara una modesta cantidad de los fondos federales a los negocios de las minorías como un modo de compensar los efectos presentes de la discriminación pasada.

³¹¹ Caso Fullilove & Klutznick, 448 US 448 (1980).

Esta sentencia ha motivado el inicio de una posición mantenida las últimas décadas por la Corte, con un cierto escepticismo respecto a las acciones positivas practicadas por actores gubernamentales, de manera que actualmente esos programas son sometidos a una inspección detallada para encontrar una verdadera necesidad que lo justifique.

A juicio de Ginsburg, aun existiendo una evidente discriminación en campos como la educación, la vivienda, el empleo o la compraventa, los intentos de los gobiernos locales y estatales de aplicar acciones positivas, no han sobrevivido la supervisión de la Corte Suprema. Lo que lleva a concluir que la fórmula de la acción positiva por razón de raza en la Corte Suprema americana es todavía hoy muy restringida.

Sin embargo, resulta más flexible la posición de la Corte respecto a las acciones positivas por razón de sexo. En este sentido, se considera que las leyes o programas que establezcan un criterio preferencial para las mujeres son diferentes de las planteadas respecto a la igualdad de raza por dos razones.

La primera es que las formas tradicionales de discriminación sexual fueron inicialmente establecidas como modo de protección para las mujeres. Sin embargo, es importante diferenciar entre las medidas que han buscado aminorar los efectos de la histórica subordinación de las mujeres, de aquellas que lo que hacen es perpetuar estereotipos que impiden a las mujeres alcanzar todas sus capacidades.

La segunda es que en el caso de las mujeres no se pueden aplicar criterios como el de los intereses prioritarios o la proporcionalidad de la medida diferenciadora entre mujeres y hombres, puesto que estamos hablando de los seres humanos que forman parte de la sociedad, sin pertenencia a ningún

grupo específico, lo que significa que no se puede plantear en los mismos términos el tratamiento de la raza y el sexo, de acuerdo con Ginsburg.

Al margen de los casos puntuales que se hayan planteado, podría decirse que el arranque de la estabilidad de las acciones positivas aplicadas para seguir la igualdad de mujeres y hombres, es la sentencia del caso Kahn & Shevin, de 1974³¹² La Corte daba por válida y constitucional una Ley del siglo XIX, por la que las mujeres viudas podían recibir una exención en el pago de sus impuestos por las propiedades que tenían, entendiendo que su acceso al trabajo y al salario era inferior al de los hombres solo por el hecho de ser viudas. Por esa razón, favorecerlas en la exención parcial de impuestos era considerado como una compensación respecto a los hombres que participaban en mejor situación en cualquier transacción mercantil. Pero parecería injusto aplicar esta medida solamente a las mujeres viudas, y no a las mujeres divorciadas o a las madres solteras, que podrían encontrarse en la misma o similar situación.

En todo caso, lo cierto es que pese a que la Corte americana ha reconocido las diferencias de tratamiento entre mujeres y hombres, no siempre ha optado por la promoción de la igualdad. Como también señala GINSBURG, es muy significativa la sentencia del caso Millar & Albright³¹³, en la que se deniega el reconocimiento de la ciudadanía americana para la hija de una mujer, mientras que no se ofrece dudas sobre la ciudadanía para las y los hijos de padres de nacionalidad americana.

Sin embargo, la posición de la Corte ha sido proclive a la igualdad de las mujeres, al analizar en 1975 y 1977 las leyes en materia de Seguridad

³¹² Caso Kahn & Shevin, 416 US. 351 (1974).

³¹³ Caso Millar & Albright, 118 S. Ct. 1428 (1998)

Social. En esos casos³¹⁴, la Corte ha aceptado las medidas de acción positiva para remediar la discriminación contra las mujeres en el mercado laboral y, de algún modo, para compensar a las mujeres por las particulares discusiones económicas que han sufrido históricamente.

Estas diferencias en el tratamiento por parte de la Corte Suprema confirman que el planteamiento es más flexible que los casos analizados por motivo de la raza, y podría afirmarse que en la jurisprudencia americana las acciones positivas para las mujeres han funcionado utilizando argumentos para potenciar el bienestar de toda la sociedad y como modo de compensar las discriminaciones históricas. Sin embargo, las aportaciones de la Corte Suprema de Estados Unidos no han sido las únicas en el caso de las acciones positivas.

Muestra de ello es, por ejemplo, el caso del ordenamiento jurídico de la India, que desde 1950 incluye en su texto constitucional el compromiso de adoptar acciones positivas, además de establecer de modo genérico en el art. 15 del mismo texto legal la prohibición de la discriminación basada en el sexo y la posibilidad de acciones específicas para mujeres y niños³¹⁵. Sin embargo, el texto constitucional es más contundente para reservar algunos escaños en la Casa del Pueblo y en las asambleas legislativas estatales para las castas inferiores; y permite también reservar nombramientos públicos para miembros de cualquier grupo de ciudadanos que en opinión del Estado puedan no estar adecuadamente representados en los servicios públicos estatales³¹⁶.

³¹⁴ Caso Weinberger & Wiesenfeld 420 US 636, 637-39 (1975), y caso Califano & Goldfarb 430 US 199, 216-17 (1977)

³¹⁵ Siguiendo el texto citado de la Jueza GINSBURG, el art. 15 de la Constitución india declara que nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.

³¹⁶El art. 16.4 señala cuáles son las clases que pueden estar en desventaja: las castas reconocidas, las tribus reconocidas o cualquier otra casta que esté en situación desfavorecida.

Al margen de la naturaleza jurídica de las medidas y del lugar que ocupan en el texto constitucional, el hecho de establecerlo a este nivel confirma el compromiso del Estado indio para apoyar a los grupos en situación desfavorable.

A pesar de ello, la práctica jurisprudencial ha rebajado esta aproximación, en el sentido de que no siempre ha admitido, por ejemplo, el establecimiento de cuotas para estudiantes no representados a nivel universitario, argumentando que la Constitución sólo permitía las acciones positivas en la esfera política. La diferencia de aproximación motivó que en 1951 -sólo unos meses después de aprobar la Constitución- se llevara a cabo la primera reforma constitucional, redactando el art. 15 de modo permitieran expresamente las acciones positivas en la educación y en otros contextos³¹⁷

Desde entonces, ha habido una larga tradición para mantener y ampliar las acciones positivas, especialmente respecto a las castas inferiores, A pesar de las protestas y de los intensos conflictos que han provocado las acciones afirmativas, y en algunos casos los altos índices de cuota propuestos desde las instancias gubernamentales, lo cierto es que el sistema legal con el que cuentan es muy permisivo y generoso. A ello hay que añadir que la postura judicial a favor de las mismas ha dirimido muchos de los conflictos populares sobre las acciones positivas o, como han sido denominadas en otras ocasiones, medidas de discriminación compensatoria.

En el caso de la Unión Europea, el planteamiento ha sido muy diferente, puesto que la fórmula de las acciones positivas se ha aplicado sobre todo a los casos de nacionalidad y a la igualdad entre mujeres y hombres.

³¹⁷ El art. 15.4 de la Constitución india se reformó en los siguientes términos: *nothing in (the constitution's anti-discrimination articles) shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens.*

Aunque volveremos sobre ello con detalle más adelante, quisiera reseñar aquí el hecho de que el propio Tratado de Ámsterdam establece la igualdad como uno de los objetivos de la Unión. Aunque no se especifica la figura de las acciones positivas, por la vía de la jurisprudencia, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado al respecto en el caso de la igualdad entre mujeres y hombres³¹⁸. Y más tarde, en el art. 119 del mismo texto legal, se ha incluido el compromiso de los Estados europeos de asegurar en la práctica la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo laboral.

Podría decirse, al bucear en los orígenes de las acciones positivas, que el planteamiento ha sido el de buscar fórmulas para recuperar las privaciones históricas de la igualdad como derecho, y además para promover el bienestar social y económico de una sociedad.

En este sentido el término acciones positivas se asocia con medidas de promoción, que no necesariamente se agotan en la fórmula de las cuotas, a pesar de que en los sistemas legales de tradición anglosajona se han identificado con ellas. Sin embargo, como se ha visto, el propio análisis de la Corte Suprema Americana sobre normas de seguridad social hace un balance amplio a la figura de las acciones positivas.

2.3. Criterios de legitimidad de las acciones positivas

Después de haber analizado el origen de la figura jurídica de las acciones positivas, habría que cuestionar los criterios de legitimidad que validan medidas que favorecen a un determinado grupo o sector de la población. Seguramente el argumento más convincente es el utilizado por la Jueza GINSBURG, al que ya me he referido.

³¹⁸ Una de las sentencias más significativas del caso Marshall, en la que aplicó la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1996 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Se trata de una fórmula para reparar las discriminaciones vividas como consecuencia de la restricción o privación del ejercicio de la igualdad, reconocido en todos los textos internacionales. Pero también es una vía para garantizar el bienestar social y económico.

En este sentido, las acciones positivas se presentan de la mano del ejercicio de la igualdad, a la que también me he referido en un epígrafe anterior.

Quizá la legitimidad de estas acciones ha sido una de las aportaciones sugeridas desde las Organizaciones Internacionales, y muy especialmente desde Naciones Unidas.

El proceso de redacción del art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres da buena cuenta de ello. Aunque ha habido otros procesos de redacción respecto a diferentes colectivos, para garantizar en todo caso el ejercicio de los derechos humanos, en el caso de las mujeres se ha acentuado el debate y el interrogante sobre la legitimidad de las acciones positivas.

Como veremos en su momento, el texto aprobado en Naciones Unidas en 1979, no explicita el término «acciones positivas» sino que habla de «medidas especiales de carácter temporal»³¹⁹. No voy a abrir en este momento el debate sobre la posible definición y naturaleza jurídica de las acciones positivas, pero quisiera simplemente señalar las dos notas que el

³¹⁹ El art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, afirma: La adopción por los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre mujeres y hombres no se considerara discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas: estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

propio Comité que analiza el cumplimiento de la Convención establece para calificar la validez de la fórmula³²⁰.

La legitimidad de las acciones positivas se presenta condicionada por dos elementos: la temporalidad y el objetivo específico.

De manera que las acciones positivas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres no serán discriminatorias si se aplican con carácter temporal, con la finalidad de paliar o equilibrar la diferencia existente entre mujeres y hombres.

A ello habrá que añadir que tienen que ser medidas dirigidas a un fin concreto de erradicar la desigualdad en un determinado aspecto o campo. Lo que implica que las políticas sociales generales para garantizar la igualdad no se consideran acciones positivas, como si lo serán programas o actuaciones dirigidas a facilitar la igualdad para las mujeres en un campo concreto.

Esta aproximación distancia la figura de las acciones positivas de las cuotas, ampliando las posibilidades de aquéllas, y entendiendo éstas en algún campo concreto, como sucede habitualmente en el entorno político.

En cualquier caso, la legitimidad de las acciones positivas en términos generales no está hoy cuestionada. Otra cosa es la reducción de la figura a la cuestión de las cuotas. Y aun en ese caso habrá que analizar las condiciones de cada Estado, la legislación vigente y el proceso del grupo o sector de población al que se quiere igualar por haber estado discriminado o desfavorecido.

2.4. Modalidades de las acciones positivas en el Derecho comparado.

³²⁰ Sobre este tema puede verse la Recomendación general núm. 25 del Comité del CEDAW sobre el párrafo 1 del art. 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, referente al contenido y definición de las medidas especiales de carácter temporal.

El tratamiento que se ha dado a las acciones positivas en los ordenamientos jurídicos es tan amplio como el propio concepto y contenido que se ha dado a esta figura jurídica.

En términos genéricos se puede afirmar que ha habido una amplia gama de medios y herramientas para encauzar las acciones positivas. Según los casos, se ha recurrido a medidas de carácter educacional, en otros casos, de incentivar, y en otros de sensibilización³²¹.

Inicialmente la fórmula de estas acciones ha estado condicionada por la diferencia de tradición jurídica. Habitualmente en los países de corte anglosajón, las acciones positivas se han identificado prácticamente con las cuotas para grupos que se consideran en situación desfavorecida respecto al resto de la sociedad. Esa identificación ha motivado que en algunos casos, como Reino Unido, las cuotas hayan sido consideradas ilegales en cuanto que llevan consigo una discriminación respecto a los grupos a los que no se aplica la acción positiva.

En los países de tradición continental, el término ha sido entendido de modo mucho más amplio y por ello dentro del concepto de acciones positivas se han incluido todo tipo de actuaciones, planes y programas, de modo que en algún momento se ha llegado incluso a confundir el propio concepto de acción positiva con las políticas sociales aprobadas para determinados grupos sociales.

Esta diferenciación, sin embargo, no se ha consolidado en estos términos. Seguramente la propia evolución de los ordenamientos jurídicos de países anglosajones ha motivado una «relajación» en la identificación de la

³²¹ Es ilustrativo en este sentido el informe final presentado por el grupo de especialistas del Consejo de Europa, sobre las acciones positivas, cuya versión en castellano fue editada por el Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), Madrid, 2001.

acción positiva y las cuotas. A la vez, en los ordenamientos jurídicos continentales se ha hecho un claro esfuerzo para perfilar la naturaleza jurídica y el propio concepto de acciones positivas.

Por todo ello, voy a tratar de ofrecer aquí una panorámica amplia de aproximación al tema desde Europa y América Latina. La elección de estos entornos geográficos no es baladí.

Después de recorrer el itinerario del tratamiento legal de las acciones positivas en todo el mundo, se podría afirmar que Europa y América Latina son los dos ámbitos territoriales en los que se han aprobado mayor número de leyes reforzando las acciones positivas para potenciar la igualdad entre mujeres y hombres, fomentando la plena integración de las primeras. Por ese motivo entiendo que puede ilustrar la investigación una aproximación al tratamiento comparado citado.

Incluso podríamos avanzar un paso más, teniendo en cuenta que la mayoría de las medidas legislativas aprobadas están centradas en la participación política de las mujeres. Al menos en América Latina casi todos los países que han aprobado leyes de acción positiva, ésta tiene por finalidad incrementar y asegurar la participación política de las mujeres.

En el caso de Europa puede tener otra lectura, aunque la finalidad de la legislación ha sido prioritariamente en el ámbito político, salvo en Noruega e Italia, donde se han aprobado medidas de carácter laboral. Pero en los países escandinavos las medidas aplicadas han estado dirigidas fundamentalmente al sector de la participación política.

Por último, quisiera recordar que en Europa los países que integran la Unión Europea han asumido la legislación comunitaria por la que se persigue garantizar la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres, la igualdad

laboral, la igualdad en el acceso al empleo y la desaparición de la segregación laboral. Con esos objetivos, la Unión ha aprobado normativa de obligado cumplimiento en los países comunitarios que ha justificado algunas decisiones del Tribunal de Luxemburgo, con las que se ha sentado jurisprudencia sobre el contenido, lectura e interpretación de la figura jurídica de las acciones positivas.

Sin embargo, el tratamiento de la acción positiva desde la Unión Europea será objeto posterior de estudio por mi parte, cuando muestre cómo se ha abordado la cuestión desde las Organizaciones Internacionales.

En los últimos años la comunidad internacional ha sido testigo del avance vertiginoso de las mujeres en la vida política de algunos parlamentos. El cambio drástico vivido en países como el caso de Costa Rica es elocuente. En un solo período legislativo, el Parlamento pasó del 19% a una representación del 35%, lo que significa casi doblarlo. O aún más llamativo el caso de Sudáfrica, que en las primeras elecciones democráticas consolidó un 36% de representación de mujeres en el Parlamento³²².

Son algo más de 30 los países (que han aprobado alguna legislación específica para incrementar la participación de las mujeres en la vida política. En casi todos los casos, las medidas se han identificado con el sistema de cuotas, bien en los procesos electorales, o bien en los procesos posteriores. Pero en cualquier caso, esas medidas hay que contrastarla con la situación de cada país, es decir, con la situación real de las mujeres en la vida política. Resulta significativo que de los 33 países que cuentan con alguna legislación al respecto, incluyendo los que tienen legalizado un sistema de cuotas,

³²² Los datos pueden contrastarse en el artículo de D.Dahlerup y L. Freidenvall, *Quotas as a fast track to equal political representation for women (Why Scandinavia is no longer the model?)*, presentado en el Congreso mundial de IPSA, celebrado en Durban, Sudáfrica, en julio de 2003, y distribuido en la red.

excepto Argentina y Costa Rica que superan el 40% y el 30%, respectivamente, todos los demás apenas llegan al 20%, y en 12 casos no llegan al 10%.

Ciertamente habría que analizar cada caso, pero son sintomáticos los datos citados, comparando por ejemplo con el caso español, en el que antes de aprobar la Ley de Igualdad, sin sistema de cuotas, se ha llegado a ocupar el núm. 8 de los 25 países de la Unión Europea en porcentaje de representación de mujeres en la vida política.

La cuestión no condiciona solamente la valoración cuantitativa acerca de la participación de las mujeres en la vida política. Plantea, además, una versión de la igualdad en la que se juega el debate entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. Y al final, lo que se baraja es un tema de gran calado en la Teoría de la Justicia como es la interpretación y modos de la igualdad paralelamente a la aplicación del criterio de justicia acuñado desde ULPIANO, de dar a cada uno lo que le corresponde.

2.5. El tratamiento de las Acciones Positivas en la Organización de Naciones Unidas

Como es sabido, la Organización de Naciones Unidas tiene su origen en la firma de la Carta de San Francisco, el 25 de junio de 1945. El fracaso de la Sociedad de Naciones, y la tragedia de dos guerras mundiales, con más de 90 millones de muertos en el continente europeo fueron motivo suficiente para plantear como necesaria la creación de una Organización de ámbito universal, que garantizara la paz y la seguridad en el mundo, además de la protección de los derechos y el desarrollo de programas humanitarios donde se hiciera necesario.

Desde 1945, las actividades de Naciones Unidas se han multiplicado en muchos frentes; ha habido cambios sustanciales en el panorama internacional,

ante los que la respuesta de Naciones Unidas ha sido variada y a veces no acertada; la Organización ha creado unos procedimientos que pueden resultar burocráticos y que en ocasiones ahogan la eficacia en la toma de decisiones; y las últimas decisiones asumidas, junto a las actuaciones de algunos representantes de la Secretaría han debilitado a la Organización ante la opinión pública mundial.

Pero a pesar de todas las dificultades o de las deficiencias. del sistema de momento es la única Organización Internacional de ámbito universal y por tanto merecería la pena mejorarla y en todo caso, reforzarla.

Al margen del proceso (quizás no tan al margen) la Organización de Naciones Unidas ha sido el baluarte y la referencia para la defensa del ejercicio de los derechos humanos por parte de las mujeres.

Tanto dentro del propio sistema onusiano, como en las actuaciones asumidas por decisión de los Estados, desde Naciones Unidas se han propuesto actuaciones políticas y legales que han condicionado la situación de las mujeres en todo el mundo. De hecho, no solo las decisiones en el ámbito estatal, sino algunas de las propuestas aprobadas en Organizaciones internacionales de ámbito regional o supra-regional o sub-regional han venido condicionadas o fomentadas por Naciones Unidas. Esta es la razón por la que me referiré en primer lugar a la Organización de Naciones Unidas, y posteriormente tendré en cuenta las propuestas del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

Como ya he señalado, voy a diferenciar los presupuestos políticos y los jurídicos, teniendo en cuenta primero los legales, que han sido la falsilla para impulsar algunas de las medidas en el marco político.

3. Presupuestos jurídicos

La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de 1948 es un texto que ha resultado emblemático en la propuesta de relación de derechos humanos, aprobados en el seno de la Organización.

El texto de 1948 toma su base en la propia Carta Fundacional de Naciones Unidas, que en 1945 consagra el reconocimiento de la igualdad de derechos sin diferencias por razón de sexo. El preámbulo de la Carta confirma el compromiso de los Estados Miembros para reafirmar la igualdad entre mujeres y hombres³²³. Esa aspiración genérica es consagrada en la parte normativa de la Carta, en el art. 1, que recoge los principios de la Organización, entre los que detalla el principio de igualdad de derechos y también la realización de la cooperación internacional basada en esa igualdad sin hacer distinción por ningún motivo, incluyendo el sexo³²⁴.

Además, la Carta de 1945 en el art. 8³²⁵ señala la igualdad en la elegibilidad de mujeres y hombres en los órganos de Naciones Unidas. Esta disposición ha sido la base de todas las estrategias aprobadas con posterioridad en la propia Secretaría de Naciones Unidas para incrementar el número de mujeres en la Organización y especialmente en los niveles de toma

³²³ El primer párrafo del preámbulo de la Carta de San Francisco establece entre los compromisos de los Estados el de *Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...)*.

³²⁴ El art. 1.2 afirma: *Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos (...); y en el mismo artículo, párrafo 3, afirma: Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

³²⁵ El art. 8 de la Carta afirma: *Las Naciones Unidas no establecerán restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en sus funciones de sus órganos principales y subsidiarios.*

de decisiones, además de las sugerencias formuladas a los Estados para que incrementen el número de mujeres entre las candidatas que presentan.

Sobre esta base, la Declaración Universal arranca afirmando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento, entre otros elementos, de la igualdad de derechos³²⁶.

La igualdad de todos los seres humanos está reconocida en el art. 1 de la Declaración³²⁷, pero el matiz de la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades se hace objeto del art. 2 de la Declaración³²⁸.

La redacción de la Declaración contó con las propuestas de la Subcomisión sobre la situación de la mujer, creada bajo el paraguas de la Comisión de Derechos Humanos, en 1946³²⁹. La Subcomisión estaba compuesta por nueve personas de Chile, China, Dinamarca, Francia, India, Líbano y República Dominicana, nombradas en su capacidad individual. Fue convertida en Comisión en junio de ese mismo año³³⁰, ampliando su composición a quince miembros elegidos por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), para periodos de tres años.

Además de las actividades llevadas a cabo por la Comisión en ámbitos específicos de empleo y remuneración, y derechos políticos, en marzo de

³²⁶ El preámbulo de la Declaración empieza afirmando literalmente: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

³²⁷ El art. 1 de la Declaración señala: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

³²⁸ El art. 2.1 de la Declaración afirma que: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional y social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

³²⁹ Resolución del Consejo Económico y Social (ECOSOC) estableciendo la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión sobre la situación de la mujer: documento E/RES/5 (I), de 16 de febrero de 1946.

³³⁰ Resolución del ECOSOC E/RES/120 (VI), de 3 de marzo de 1948.

1948, a través de ECOSOC remitió a la Asamblea General sus propuestas para el borrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos, solicitando explícitamente el reconocimiento de la igualdad de derechos para las mujeres y la igualdad en el matrimonio³³¹.

La primera propuesta fue recogida en el texto final de la Declaración, pero no la segunda respecto al matrimonio, que quedó integrada en el artículo 16 de la Declaración sobre el derecho a casarse y a fundar una familia³³².

De este modo, la Declaración consagra la igualdad, pero no menciona explícitamente la fórmula de las acciones positivas. Sin embargo, hay quien considera que la Declaración establece lo que se podría calificar como ejes intelectuales de la acción positiva³³³.

En primer lugar, como ya se ha dicho, la Declaración endosa el principio de la igualdad. Al Preámbulo y a los artículos 1 y 2, que ya he mencionado, hay que agregar el art. 7 en el que se establece también la igualdad ante la Ley³³⁴. Con estos artículos queda formulado el reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres.

La formulación de la igualdad se completa en el texto al establecer que la proclamación de la igualdad y otros derechos civiles es algo más que una aspiración. El art. 8 de la Declaración reconoce el derecho a un remedio

³³¹ El art. 16 de la Declaración Universal en su versión final establece que Los hombres y /HS mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

³³² Resolución del ECOSOC E/RES/2/11, de 21 de junio de 1946.

³³³ Intervención de R. GINSBURG, Jueza de la Corte Suprema americana, en agosto de 1998 en Salzburg

³³⁴ El art. 7 de la Declaración afirma: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

efectivo por las posibles violaciones de derechos³³⁵. Ese remedio, en un contexto histórico de discriminación contra las mujeres, incluiría la figura de las acciones positivas. Utilizando la famosa declaración del Presidente Johnson en Estados Unidos, resulta difícil plantearle a una persona que ha sido marginada durante mucho tiempo, que cambie su posición a la primera línea de la sociedad y vaya a competir con todos los demás miembros de la misma³³⁶.

Con todo, la posibilidad de justificar la legitimidad de las acciones positivas en la Declaración Universal no puede plantearse sobre la objeción de que asegurar la igualdad de algunas personas reclama hacerlo a expensas del tratamiento de los derechos para los demás. En este sentido, el art. 29 de la misma Declaración asegura que las posibles limitaciones a los derechos requieren la regulación legal y además la garantía del reconocimiento de los derechos de los demás³³⁷. Esta redacción del art. 29 puede entenderse como un modo de prevenir las restricciones en los derechos aplicadas a personas (en el caso que nos ocupa, las mujeres) que han sido negados o simplemente ignoradas.

El segundo de los ejes que legitima las acciones positivas nos remite las propuestas de la Declaración respecto a los derechos económicos sociales.

El art. 23 de la Declaración declara el derecho al trabajo, incluyendo la elección del mismo, así como condiciones favorables de trabajo y la protección

³³⁵ El art. 8 de la Declaración dice así: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución o por ley.

³³⁶ Lyndon B. Johnson, *To fulfill these rights*, en G. E. CURRY, *The affirmative action debate* 1996, pags. 16 y 17.

³³⁷ El art. 29.2 afirma: En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

del desempleo³³⁸; el art. 25 del mismo texto reclama un adecuado nivel de vida³³⁹; y el art. 26 reconoce el derecho a la educación para todas las personas³⁴⁰.

Los artículos citados confirman el derecho de toda persona a disfrutar de los frutos de la comunidad en la que vive. No afirman que todas las personas van a disfrutar exactamente igual, pero sí que hay unos mínimos de empleo, educación y subsistencia a los que tienen derecho. Esto implica, a efectos prácticos, que si en un Estado hay un individuo o grupo de individuos que por razón de raza, sexo o religión no tienen, por ejemplo, un adecuado nivel de vida, la sociedad tiene la obligación de responder a esa carencia. En los mismos términos que de acuerdo con el art. 23, si una mujer o mujeres pertenecientes a minorías raciales sufren tasas de desempleo muy superiores al grupo dominante en la sociedad, podría corregirse ese desequilibrio utilizando el texto de la Declaración.

Cuestión aparte es la redacción del art. 25,2 de la Declaración, sobre el cuidado que reclama la maternidad y la infancia³⁴¹. Respecto a la protección de la maternidad hay posiciones encontradas. En unos casos se concibe como

³³⁸ El art. 23 recoge en su párrafo 1: el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección del desempleo. Y en el mismo artículo, párrafo 2, afirma: Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

³³⁹ El art. 25.1 dice textualmente: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud el bienestar y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

³⁴⁰ El art. 26 en su párrafo 1 afirma: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos en función de los méritos respectivos.

³⁴¹ Art. 25.2 de la Declaración: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

una acción positiva por excelencia³⁴², pero entiendo que esa protección formaría parte de la obligación de los Poderes públicos de aprobar políticas sociales para garantizar a todos los ciudadanos el ejercicio de los derechos y libertades, asumiendo que estamos ante un hecho diferencial biológico, como es la maternidad y no exactamente ante una situación de trato de favor.

Esto confirmaría la necesidad de las acciones positivas, no solamente en aplicación de los principios de derechos humanos sino también sobre la premisa de la igualdad y el bienestar social.

Esta aproximación amplía las lecturas restrictivas de las acciones positivas, que no integran exclusivamente el sistema de cuotas a favor de las mujeres, sino otras muchas medidas en el ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

4. El Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y su Protocolo Opcional

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General adoptó el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW).

La elaboración de la Convención, fue solicitada unánimemente por todos los Estados miembros de Naciones Unidas, en la I Conferencia mundial de Naciones Unidas sobre las mujeres, celebrada en México en 1975.

³⁴² Es el caso de la Jueza GINSBURG, que entiende el art. 25 de la Declaración como un apoyo explícito a la maternidad y a la infancia, para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tanto para mujeres como para hombres.

Podría decirse que el texto del Convenio tiene su precedente en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres, aprobada por la Asamblea general en noviembre de 1967³⁴³.

La Declaración se justifica en la necesidad de reiterar que la discriminación contra las mujeres es incompatible con la dignidad de la persona y el bienestar de la sociedad³⁴⁴. Se trata de un texto corto, de 11 artículos, en el que se recoge el detalle de áreas y sectores de actividad en los que se hace necesario garantizar el ejercicio de la igualdad para las mujeres.

Curiosamente el art. 2 de la Declaración reclama a los Estados la obligación de abolir las normas jurídicas, reglamentos y prácticas que puedan suponer discriminación para las mujeres. En este intento, los Estados se obligan a proporcionar una protección jurídica adecuada que confirme particularmente el principio de igualdad de derechos a través de la Constitución o las leyes; y los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, adhiriéndose o ratificándolos y aplicándolos plenamente a la mayor brevedad.

En esa fecha, los instrumentos jurídicos eran, entre otros, el Convenio de la Organización internacional del Trabajo sobre la igualdad de remuneración (1952), el Convenio sobre los derechos políticos de las mujeres (1952), el Convenio sobre la nacionalidad de mujer casada (1957), el Convenio de UNESCO sobre la lucha contra las discriminaciones en la enseñanza (1960), el Convenio sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para

³⁴³ Resolución A/RES/2263 (XXII).

³⁴⁴ El párrafo 5 del preámbulo de la Declaración afirma: Considerando que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad impide su participación en la vida política, social, económica y cultural de sus países en condiciones de igualdad con el hombre, y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las posibilidades que tiene la mujer de servir a sus países y a la humanidad. El art. 1 en la parte dispositiva reitera esta afirmación: La discriminación contra la mujer por cuanto niega o limita la igualdad de derechos con el hombre, fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana.

contraerlo y el registro de los matrimonios (1962), junto a la Recomendación sobre la misma cuestión (1965)³⁴⁵.

La Declaración completa el aliento de medidas jurídicas con todas aquellas políticas dirigidas a la eliminación de estereotipos, en el art. 3, y con el reconocimiento explícito del derecho al voto y del derecho a ocupar cargos públicos, a lo que se refiere en el art. 41³⁴⁶.

Lo mismo establece el texto respecto a la adquisición de la nacionalidad, en el art. 5; en las materias establecidas en el ámbito del Derecho civil, en el art. 6; al ejercicio del derecho a la educación, en el art. 9; y a la vida económica y social, en el art. 10.

Respecto a las acciones positivas, podría decirse que se amparan en la redacción de casi todos los artículos de la Declaración, al señalar que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar los derechos y para evitar la discriminación contra las mujeres.

Aunque la naturaleza jurídica de la Declaración es débil, en la medida en que la fuerza obligatoria está condicionada por tratarse de una resolución aprobada en el seno de la Asamblea General, esa posible debilidad queda reforzada con la aprobación del Convenio de 1979.

Este Convenio ha sido ratificado por la práctica totalidad de los Estados Miembros de Naciones Unidas, aunque obviamente habría que analizar los términos de la ratificación y las posibles reservas que en su caso han

³⁴⁵ P. DURAN (coord.), *Mujeres y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998.

³⁴⁶ El art. 4 de la Declaración establece que los Estados deberán adoptar medidas para asegurar: el derecho a votar en las elecciones, el derecho a votar en los referéndum públicos, y el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas, afirmando que estos derechos deberán ser garantizados por la legislación.

planteado los Estados, alegando las incompatibilidades o discusiones respecto a las legislaciones nacionales.

Esas discrepancias han hecho que en algunos casos, los países de la Unión Europea hayan tenido como acuerdo denunciar las incompatibilidades de las reservas respecto a la ratificación del Convenio, sobre todo en los casos de países islámicos que han planteado serias dudas respecto a la compatibilidad con el mismísimo principio de la igualdad básica.

El texto del Convenio, por su propia naturaleza, tiene una fuerza jurídica vinculante de la que carecía la Declaración³⁴⁷ y fue presentado como consecuencia de más de treinta años de trabajo de la Comisión para el adelanto de las mujeres, incluyendo en la Convención artículos previamente establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales.

Los 30 artículos del Convenio quedaron estructurados en seis partes, dedicando las dos últimas a las cuestiones del seguimiento del cumplimiento del Convenio y a cuestiones procesales.

Los arts. 1 a 15, incluidos en las cuatro primeras partes del Convenio reconocen una serie de derechos sustantivos, que incluyen la primera definición de lo que constituye la discriminación contra las mujeres.

Podríamos decir que el Convenio se refiere a tres ámbitos de actuación: los derechos civiles y la condición jurídica y social de las mujeres; los asuntos relativos a la reproducción humana; y las consecuencias culturales de las relaciones entre los sexos.

³⁴⁷ El texto del Convenio fue editado con algunas de las recomendaciones generales del Comité, por el Instituto de la Mujer, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales en la Serie Documentos, núm. 18, Madrid, 1995; y posteriormente cuando se aprobó el protocolo opcional del Convenio, en versión castellana y original inglesa, también en la serie documentos, núm 25, Madrid, 2000.

La Parte primera del Convenio sienta las bases en las que se legitima la acción positiva que venimos analizando.

En primer lugar, el Convenio define la discriminación contra las mujeres, siendo el primer instrumento internacional que así lo hace. La discriminación incluye diferencias, exclusión o restricción dirigida a limitar o anular el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de las mujeres³⁴⁸. Sobre esta premisa, el art. 2 recoge el compromiso de los Estados de consagrar legalmente la igualdad entre mujeres y hombres y adoptar las medidas necesarias para eliminar toda discriminación contra las mujeres.

Junto a la sanción de la discriminación, el Convenio articula en el texto la justificación de las acciones positivas. El art. 3 obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias para promover el desarrollo de las mujeres y el ejercicio de sus derechos.

El hecho de haber incluido esta referencia en un artículo separado de la prohibición de la discriminación confirma que el Convenio plantea dos factores, de abstención y de acción. En el primer caso, evitar actuaciones que mantengan o permitan la discriminación; y en el segundo caso, relevante a los efectos de nuestra investigación, la obligación de promover el ejercicio de los derechos, lo que garantiza claramente la adopción de medidas a favor de las mujeres, que supongan un trabajo corrector de las disfunciones y desequilibrios existentes históricamente entre mujeres y hombres³⁴⁹. Pero

³⁴⁸ El art. 1 del Convenio establece textualmente: A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra las mujeres» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

³⁴⁹El art. 3 del Convenio afirma: Los Estados Parte tomarán en todas las esferas y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y

además, para terminar de perfilar estas acciones, el art. 4 establece que las medidas especiales de carácter temporal que se aprueben para dirimir estas desigualdades, no se considerarán discriminatorias³⁵⁰.

Ahora bien, el art. 4 no acepta cualquier tipo de actuación; se refiere a aquellas que tengan carácter temporal y que tengan un objetivo específico de eliminación de la discriminación, lo que significa que habrá que detectar en cada caso si se cumplen estos requisitos como condición de legitimidad de las acciones positivas.

El Convenio dice expresamente «medidas especiales de carácter temporal». Los Estados han interpretado la fórmula de maneras muy distintas, presentando ante el Comité de la Convención programas y actuaciones sin denominador común. Esta diversidad, condicionada por las diferencias de las legislaciones nacionales pero no sólo por ello, ha motivado la relativamente reciente redacción de la Recomendación general núm. 25, por parte del Comité, en la que se explica en qué consisten esas medidas especiales, y confirmando los dos requisitos a los que me he referido³⁵¹.

Al margen de la denominación y de la terminología, lo cierto es que el Convenio consagra formalmente las acciones positivas o, si se prefiere, las medidas especiales de carácter temporal como una vía jurídica legítima para salvar las discriminaciones contra las mujeres y para promover el ejercicio de sus derechos.

adelanto de la mujer con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

³⁵⁰ El art. 4.1 afirma: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención pero de ningún modo entrañara, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de oportunidad y de trato.

³⁵¹ El texto completo de la Recomendación núm. 25 puede encontrarse en la página web institucional del Comité del CEDAW.

Esta última finalidad es la que me parece más importante reseñar, habida cuenta de que son muchas las legislaciones que establecen la prohibición de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, la aprobación legal no significa de modo automático el ejercicio de derechos y libertades, por lo que se hace necesario recurrir a la vía de las acciones positivas.

De manera que el Convenio establece la posibilidad legal de aprobar actuaciones legislativas o programas de carácter político para acelerar la igualdad de hecho, aun en el caso de que puedan ser restrictivas de los derechos de los demás, sin que -si así fuera- se considere discriminatorio.

La propuesta no es baladí y consagra una fórmula sobre la que se ha debatido constantemente, reconociendo no solo su legitimidad sino el compromiso de los Estados Partes de aplicarla.

El texto de la Convención queda completado con la aprobación del Protocolo Opcional a la misma, cuyo borrador de consenso fue aceptado en marzo de 1999.

El Protocolo recoge dos procedimientos, el de comunicaciones y el de investigación, dando entre otras medidas la posibilidad a individuos o grupos de individuos de plantear comunicaciones sobre los posibles incumplimientos por parte de un Estado de las obligaciones asumidas en el Convenio.

De este modo, hay abiertas posibilidades de que el propio Comité del Convenio actúe de oficio para analizar posibles incumplimientos del Convenio; o también de que personas o grupos de personas presenten comunicaciones en casos de incumplimiento, aceptando así que aunque los Estados ofrezcan información fidedigna sobre el cumplimiento del Convenio, se hace necesario tener en cuenta a la sociedad civil.

Con ello, aunque el Protocolo no especifique modos concretos de plantear las acciones positivas, se abre la puerta para detectar el

incumplimiento de los Estados de su obligación de aprobar medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad de mujeres y hombres en la vida social.

Esto implica que, además del reconocimiento de las acciones positivas, se admite el procedimiento para reclamar a cualquier Estado el cumplimiento de la obligación asumida, dando así una fotografía completa por la vía sustantiva y la procedimental.

Otros instrumentos legales

Al respecto, se realizará la exaltación de aquellos instrumentos aprobados en el seno de la Naciones Unidas que puedan tener cierta relevancia respecto a las acciones positivas, sin que necesariamente se haga mención detallada de todos los instrumentos.

En este sentido, hay que recordar que inicialmente las acciones positivas se plantearon en algunas legislaciones estatales para evitar la discriminación por razón de raza, que lamentablemente ha sido recurrente por su necesidad en numerosas sociedades, incluso dentro de sistemas democráticos.

Quizás ello explique la redacción de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación el 21 de diciembre de 1965, en aplicación de la resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, que entró en vigor el 4 de enero de 1969 de acuerdo con su art. 19.

De manera similar a la Convención CEDAW, aunque catorce años antes, la Convención sobre eliminación de discriminación racial endosa la fórmula de las acciones positivas como un medio de avanzar en la igualdad racial.

El art.,1 de la Convención sobre discriminación racial establece en su primer párrafo la definición de discriminación racial, alegando que se trata de restricción o exclusión dirigida a limitar o anular el ejercicio de los derechos por razón de raza, color, linaje u origen nacional o étnico³⁵². Y a continuación en el párrafo 4 del mismo art. 1 establece que las medidas especiales aprobadas por los Estados para asegurar el progreso de los grupos raciales y étnicos y el ejercicio de sus derechos y libertades (...) no se considerarán discriminación³⁵³.

Resulta significativo que estas medidas especiales estén reconocidas incluso antes de que la Convención señale las prohibiciones de la discriminación racial, lo que confirma la obligación positiva impuesta a los Estados Partes de eliminar la discriminación racial, donde exista.

³⁵² El art. 1.1 de la Convención sobre eliminación de la discriminación racial afirma: En la presente Convención la expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condición de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

³⁵³ El art. 1.4 afirma: Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el, adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzado los objetivos para los cuales se tomaron.

En este caso, los requisitos son también dos, como en el caso del Convenio CEDAW. En primer lugar, la temporalidad, puesto que las medidas especiales tienen por finalidad corregir las diferencias mantenidas o fomentadas por razón de raza u origen étnico o nacional.

Junto al carácter temporal, la Convención pone como límite el respeto a la universalidad de los derechos, al afirmar que las medidas especiales no podrán conducir al mantenimiento de derechos diferentes para los grupos raciales.

La referencia no es anecdótica, puesto que el reconocimiento de medidas para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades a algunos grupos raciales puede derivar fácilmente en la acepción de los derechos diferenciados, lo que iría contra la naturaleza propia de las acciones positivas y en último término contra la titularidad universal de los derechos, aprobada en la Conferencia mundial sobre derechos humanos, celebrada en Viena en 1993.

Este riesgo de particularizar los derechos fue seguramente la razón por la que también la Convención CEDAW señala que las medidas especiales no podrán entrañar el mantenimiento de normas desiguales o separadas de y modo permanente.

La redacción de ambos textos abre una cuestión particularmente polémica en análisis de los derechos humanos, como es la de emitir medidas jurídicas y políticas para fomentar la igualdad de todas las personas beneficiando a grupos desfavorecidos, pero haciendo esta posición compatible con el ejercicio de los derechos humanos como derechos universales, no específicos de grupos o sectores de la población.

En este sentido, hay que recordar que la Unión Europea ha defendido en todos los foros la universalidad de los derechos, a pesar de que la

proliferación de instrumentos de derechos humanos para algunos colectivos ha debilitado el argumento.

La cuestión habría que reconducirla al debate sobre el reconocimiento de los derechos o la aprobación de políticas públicas que garanticen el acceso a los derechos universales. El debate -apasionante desde el punto de vista teórico y práctico- excede del objetivo de mi investigación, pero quisiera al menos reseñarlo como argumento a incluir en la problemática de las acciones positivas o, si se prefiere, de las medidas especiales de carácter temporal³⁵⁴.

Como he señalado, la discriminación por razón de raza y por razón de sexo han sido los dos campos en los que la comunidad internacional ha reaccionado con el reconocimiento de medidas especiales. En los casos de otros grupos o colectivos, los textos onusianos han remitido a estos dos supuestos, que han marcado la guía para promocionar la igualdad de todas las personas en una sociedad.

5. Los criterios propuestos por los órganos previstos en los Tratados

Los órganos previstos para el seguimiento sobre la aplicación de los Tratados aprobados en el seno de la Organización de Naciones Unidas ha trabajado duramente en los últimos años. La proliferación de instrumentos jurídicos, y sobre todo, el empuje político para ratificarlos ha motivado una sobrecarga en dichos órganos que ha dejado un poco obsoletos los métodos de trabajo y el sistema de composición y organización de los mismos.

Esta situación, que es general y muy especialmente se da en el caso de los instrumentos jurídicos de derechos humanos, no ha sido menor en el

³⁵⁴ P. Duran, *La perspectiva de las Naciones Unidas en el tratamiento de los derechos sociales*, Thomson & Aranzadi, Madrid, 2007.

caso del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW). Por razones obvias voy a centrarme en las propuestas distribuidas por el Comité del CEDAW en la medida en que han interpretado el Convenio específico para la protección del ejercicio de los derechos por parte de la mujeres y, además por el Comité ha realizado un análisis específico respecto a las acciones positivas aplicadas para favorecer la igualdad de las mujeres respecto a los hombres.

A pesar de ello, los órganos han trabajado para seguir haciendo efectiva la aplicación de los instrumentos jurídicos, y -en los casos relativos a derechos humanos- las recomendaciones y las sugerencias propuestas por los órganos han venido a crear una especie de jurisprudencia alternativa o, si se prefiere, las claves de interpretación de muchos de los términos incluidos en los textos legales internacionales en vigor.

En el caso del Comité del CEDAW, las recomendaciones han sido numerosas, y han sido de distinta índole. En algunos casos, el Comité ha valorado y propuesto cuestiones de forma para la presentación y defensa de los informes periódicos por parte de los Estados. Y en otros casos, han dado pautas para la interpretación de algunos derechos o, en su caso, de figuras jurídicas con lecturas muy diferentes según el país, la tradición legal vigente en el mismo, y el trabajo de sus Tribunales.

Como se ha señalado, el art. 4 de la Convención CEDAW regula la posibilidad de que los Estados adopten medidas temporales para acelerar la igualdad de hecho, sin que esas medidas se consideren discriminatorias³⁵⁵.

³⁵⁵ El art. 4 de la Convención CEDAW señala: 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente

Estas medidas, que se han identificado con las acciones positivas, han sido interpretadas en términos diversos. Por ello, el Comité decidió en 1999 preparar una recomendación en la que se pudieran establecer las pautas sobre el contenido y significado del término medidas especiales de carácter temporal, completando así algunas de las recomendaciones previas.

La recomendación general núm. 25, sobre el párrafo 1 del art. 4 de la Convención trata de desentrañar el sentido de las medidas especiales de carácter temporal. Para ello, primero analiza el objeto y fin de la Convención CEDAW a la que ya me he referido; y a continuación hace mención de la terminología y elementos fundamentales contemplados en el art. 4.1.

La Convención establece para los Estados la obligación jurídica de proteger y promover la no discriminación a las mujeres, asegurando su desarrollo y adelanto³⁵⁶. De esa manera, la finalidad de la Convención es especificar la fórmula genérica de protección de la no discriminación por razón de sexo, avalando un texto jurídico específico para asegurar la no discriminación respecto a las mujeres.

La recomendación núm. 25 recuerda la necesidad de una lectura conjunta de los arts. 1 a 5 y 24 de la Convención, de los cuales se desprenden tres claras obligaciones para los Estados.

La primera, la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra las mujeres en la legislación, así como que las mujeres estén protegidas respecto a posibles discriminaciones tanto en el ámbito público como en el privado.

Convención, encaminadas a proteger la maternidad, no se considerará discriminatoria.

³⁵⁶ El núm. 4 de la Recomendación general núm. 25, señala: Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger y promover este derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de iure como de facto respecto al hombre.

La segunda obligación es mejorar la situación de hecho de las mujeres, con la aprobación de planes y programas dirigidos a ello.

Por último, la tercera obligación es eliminar los estereotipos que fomentan y mantienen las diferencias de género. Esto exige tener en cuenta las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y también las diferencias que han creado la cultura y la sociedad. Sobre esta premisa al juicio del Comité, resulta relativamente fácil diferenciar entre el contenido de las medidas especiales del párrafo 1 y 2 del artículo 4 de la Convención.

En el párrafo 1 se contemplan medidas especiales que tienen carácter temporal y que persiguen acelerar la igualdad de hechos entre mujeres y hombres³⁵⁷. En el párrafo 2 se complementan medidas especiales de carácter permanente que se basan en diferencias biológicas entre mujeres y hombres la cual reclama un trato diferenciado.

Establecida la distinción entre las medidas de cada párrafo del art. 4, el Comité recuerda la terminología aplicable a cada supuesto. Los Estados, en sus informes periódicos, han utilizado expresiones como «acciones afirmativas», «acciones positivas», «discriminación positiva», «medidas ¿positivas>», «discriminación inversa», y otras.

Sin embargo, con ellas no se responde al espíritu del Convenio. Las diferencias entre «acciones afirmativas» y «acciones positivas» vienen dadas según la tradición legal. En las legislaciones de corte continental se suele

³⁵⁷ El num. 15 de la recomendación general afirma: La finalidad del párrafo 1 es acelerar la mejora de la situación de las mujeres para lograr su igualdad sustantiva o de facto con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para conseguir las formas y consecuencias, pasadas y presentes de la discriminación contra las mujeres así como compensarlas. Esas medidas son de carácter temporal.

utilizar el término «acción positiva», mientras que en las anglosajonas se prefiere en el de «acciones afirmativas», quizás para evitar la confusión con la obligación positiva del del Estado cuando necesariamente hay que establecer que no se abstenga de actuar.

Respecto a la «discriminación positiva/inversa», el Comité ha entendido que no es un término riguroso. La recomendación propone utilizar la terminología de convenio, que es clara y nítida: medidas especiales de carácter temporal.

Estas palabras tienen un contenido preciso. No pueden confundirse con programas genéricos para facilitar las mejoras de la situación de las mujeres que formaría parte de las políticas sociales a la que todo Estado viene obligado

El Comité desentraña el sentido de cada palabra. «Medidas» implica una gama amplia de mecanismos e instrumentos, que no se restringe exclusivamente a propuestas de carácter legal. Dependiendo del contexto, habrá que aprobar medidas legales, administrativas, políticas o reglamentarias, que pueden afectar a múltiples sectores de actividad. Que esas medidas sean «especiales» implica que tienen un objetivo específico. No se integran en las medidas genéricas para garantizar o promover la igualdad. Tienen un objetivo concreto que en este caso será promover, potenciar o garantizar la igualdad de las mujeres respecto a los hombres en un campo concreto.

Por último, que las medidas especiales tengan «carácter temporal» significa que su existencia está condicionada por el resultado funcional que se consiga. Puede ser que la temporalidad se mantenga de modo prolongado, lo que no es sinónimo de permanente y por tanto no contradice el significado de esa temporalidad. Lo que se pretende subrayar así es que en cuanto se consigan los efectos buscados, la medida tiene que desaparecer.

Esta argumentación justifica el convencimiento del Comité de que no todas las medidas que sean favorables a mujeres y niñas pueden ser consideradas medidas especiales de carácter temporal. Lo que directamente significa que los Estados deberán dar las explicaciones oportunas sobre los objetivos y fines que han buscado con la aprobación de medidas especiales de carácter temporal, así como las razones de la elección, los plazos previstos, y también los mecanismos de supervisión y los indicadores para cuantificar los progresos que se lleven a cabo.

Este reclamo resulta paralelo al hecho de que, de acuerdo con el art. 2 de la propia Convención, los Estados deberán informar acerca de las medidas aprobadas, de modo que si no lo hicieran deberían justificar y explicar los motivos de su actuación³⁵⁸.

6. Consideraciones acerca de la igualdad y las acciones positivas

Es necesario estudiar los trabajos de filósofos y juristas relativos a las acciones positivas y su relación con las concepciones de igualdad a los efectos de contribuir a la clarificación de las cuestiones constitucionales surgidas con la implementación del sistema de cuotas. También tendré en cuenta algunos argumentos elaborados desde la teoría legal feminista que dirigen profundas críticas al marco conceptual tradicional sobre la protección de la igualdad.

Teniendo en cuenta que en muchos países no existen precedentes relevantes ni un desarrollo teórico-constitucional previo, los jueces dependerán de argumentos filosóficos a los efectos de desarrollar la interpretación constitucional de la cláusula de protección igualitaria en su aplicación a este tema: Más aún, algunos de los modelos más difundidos de

³⁵⁸ Vease el núm, 30 de la Recomendación general núm. 25.

interpretación constitucional consideran que los argumentos filosóficos juegan un rol relevante en la práctica de interpretación constitucional, dado que ellos proveen de un instrumento analítico en el estudio de las concepciones constitucionales corrientes.

En primer lugar, sería difícil encontrar una fundamentación basándose únicamente en los textos constitucionales, debido a que suelen proveer un marco abstracto, general y vago, salvo aquellos países que han atravesado por un proceso de reforma constitucional reciente y que han incluido expresamente acciones positivas en sus textos³⁵⁹.

Resulta claro que el mero texto de la cláusula de protección de la igualdad en aquellas constituciones que no establecen disposiciones específicas no despliega las implicancias concretas de la igualdad a los efectos de diseñar un programa legítimo de acciones positivas como el que estoy considerando.

En los casos de laguna en el texto constitucional, tampoco existen posibilidades de encontrar alguna ayuda inquiriendo acerca de la intención de los constituyentes con respecto a esta cuestión. No sólo resulta cuestionable la validez del argumento de que hay que adherirse a la intención específica de los constituyentes y dudoso que sea posible acceder a ella, sino que además resultaría imposible en este caso discernir cual fue la intención de los constituyentes en cuanto a la protección igualitaria de los derechos de las mujeres a ser elegidas representantes cuando en aquellos tiempos ni siquiera

³⁵⁹ Por ejemplo, la Constitución Argentina reformada en 1994 ha establecido en su Artículo 37, párrafo 2, 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” y en el Artículo 75, inciso 23, párrafo I, que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres los ancianos y las personas con discapacidad”.

se les reconocía su derecho al voto. En realidad, podríamos concluir que en esos casos, no existe tal cosa como la intención de los constituyentes respecto de la cuestión de acciones positivas. En este contexto, es inútil acudir a la intención de los constituyentes a los efectos de obtener claves para derivar la constitucionalidad de mecanismos contemporáneos como el sistema de cuotas.

El primer paso a desarrollar en el análisis de la legitimidad del sistema de cuotas es clarificar el significado del concepto de igualdad. En este sentido, es importante observar que la interpretación constitucional de la protección de la igualdad es un proceso que se refiere tanto a cuestiones normativas como fácticas.

La cláusula de protección igualitaria ha sido interpretada como confiriendo un status constitucional al ideal de igualdad. Se ha observado que la cláusula de igualdad ha sido diseñada a los efectos de proteger a los derechos individuales.

En este sentido, Rosenfeld³⁶⁰ describe que el postulado de la igualdad establece que los individuos tienen derecho a una igual autonomía e igual respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y perseguir sus propios planes de vida.

Sin embargo, parece que resulta más difícil saber cuándo el postulado de igualdad se satisface realmente al ser considerado en términos de medidas concretas. Esto es así, especialmente porque, como dice Fallon³⁶¹ "gente diferente aplica el término diferentemente... porque el significado pleno del

³⁶⁰ Ver Rosenfeld, Michel. *Affirmative Action and Justice*. Yale University Press, New Haven, 1991.

³⁶¹ Ver Fallon, Richard. "A constructive coherence theory of constitutional interpretation". 100 *Harvard Law Review* 1189 (1987).

término igualdad depende de una red anterior de valores y presunciones filosóficas que es por sí cuestionable". Por lo tanto, la discusión acerca del uso apropiado de "igualdad" implica una investigación normativa.

Estos argumentos normativos juegan un rol legítimo dentro de la práctica de interpretación constitucional. Sin embargo, los razonamientos y justificaciones de las afirmaciones constitucionales que se basan en ellos deben ser expuestos claramente.

No existe una comprensión única de la cláusula de protección de la igualdad. Los argumentos desarrollados al respecto en la teoría constitucional descansan en diversas concepciones filosóficas de igualdad moral y política.

Por ejemplo, Dworkin³⁶² sostiene que los derechos individuales bajo la cláusula de la igualdad son una cuestión de principios y que tales derechos deben ser explicados como exponentes de una idea coherente de la justicia. Por su parte, Karst³⁶³ expresa que el núcleo de la cláusula de protección de la igualdad es "un principio de igual ciudadanía, la cual presuntamente garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad organizada como un miembro respetado, responsable y participativo". En la misma dirección, O'Fallon³⁶⁴ observa que la cláusula de protección igualitaria demanda la conformidad con el derecho constitucional a igual tratamiento y respeto. El principio de igual ciudadanía, así como el de igual tratamiento y respeto son propuestos por varios juristas que mantienen la convicción de que la cláusula de protección igualitaria constitucionaliza el postulado de la igualdad.

Para el propósito de este trabajo, resulta útil distinguir entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. De acuerdo con el estudio

³⁶² Ver Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986.

³⁶³ Ver Karst, Kenneth. "The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship under the Four-teen Amendment". 91 *Harvard Law Review* 1 (1977).

³⁶⁴ Ver O'Fallon, James. "Adjudication and Contested Concepts: The Case of the Equal Protection." 54 *New York University Law Review* 19 (1979).

desarrollado por Rae³⁶⁵, la igualdad de oportunidades significa que "las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en sí mismas no". Por su parte, la igualdad de resultados puede implicar consecuencias diferentes en contextos diferentes.

Conforme el análisis de Rosenfeld³⁶⁶, existen algunas ocasiones en las cuales la igualdad de medios y de fines convergen. Sin embargo, en muchas otras, la igualdad de medios conducirá a fines desiguales y la igualdad de fines demandará medios desiguales. Esto significa que, algunas veces, resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a los efectos de garantizar una igualdad de fines. La distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades será capaz de asegurar la igualdad de resultados.

Esto es especialmente relevante a los efectos de evaluar la legitimidad del sistema de cuotas para mujeres en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma.

Por su parte, Western³⁶⁷ ha afirmado que no podemos considerar que existe igualdad de oportunidades cuando un individuo tiene que enfrentar impedimentos agobiantes que tornan prácticamente imposible procurarse el bien respecto al cual supuestamente está en igualdad de oportunidades. La igualdad de oportunidades significa algo más que una "mera posibilidad".

³⁶⁵ Ver Rae, D.; Yates, D.; Hoschschild, J.; Morone, J.; y Fessler, C. *Equalities*. Harvard University Press, Cambridge, 1981.

³⁶⁶ Ver Rosenfeld, op. cit.

³⁶⁷ Ver Western, Peter. "The Concept of Equal Opportunity". 95 *Ethics* 837 (1985).

Para encarar la cuestión, acerca del tratamiento similar especial, es necesario tener en consideración que la formulación tradicional de la doctrina de igualdad, es incapaz de revertir la condición de inferioridad que sufren las mujeres. Existen limitaciones elementales en la noción tradicional de la igualdad que no contribuyen a la eliminación del sexismo. Más aún, muchas veces la interpretación de la cláusula constitucional de igualdad tradicionalmente aceptada, no sólo no contribuye a lograr la igualdad de género sino que, aún fomenta una comunidad desigualitaria.

El sistema legal ha sido incapaz de garantizar una real igualdad de género. Ha adoptado un punto de vista formalista y "neutral", que lo ha tomado incapaz de identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de las mujeres. Como consecuencia de esta "neutralidad" y de la idea de proveer un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados, el derecho ha sido incapaz de tener en cuenta la diversidad de las situaciones de las mujeres y sus demandas, dado que las mujeres están diferentemente situadas a los varones. El hombre es todavía el paradigma para el derecho, lo que hace imposible valorar la diversidad que es tan crucial para la igualdad de las mujeres.

Esta doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados. Por el contrario, varones y mujeres están diferentemente situados con respecto a numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales. Esta diferente ubicación es de orden jerárquico. A los efectos de construir a una sociedad realmente igualitaria, es necesario reconocer las diferencias entre los sexos e incorporarlas en una visión más amplia de la igualdad. El fin es lograr la igualdad respetando las diferencias, esto es, erradicando la necesidad de pretender una alianza con

las pautas de un "otro" dominante como un pre-requisito para ser tratado como un completamente par. En otras palabras, considerar las diferencias de forma tal, que cualquiera tenga derecho a igual respeto independientemente -o mejor dicho, teniendo en cuenta- de sus diferentes perspectivas.

En otras palabras, a los efectos de lograr la igualdad de género y de garantizar que las mujeres obtendrán igual status y respeto como ciudadanas de acuerdo con su propia condición, es necesario reconocer que la identificación de normas y prácticas discriminatorias y el deber de la sociedad de garantizar derechos sustantivos, es una tarea más complicada que lo que se ha considerado tradicionalmente. Las acciones positivas han sido concebidas como uno de los instrumentos más importantes para cumplir con el objeto de garantizar los derechos sustantivos de las mujeres.

El significado del término "acciones positivas", ha traído aparejada alguna confusión en el debate público, y aún entre algunos académicos, Fullinwider³⁶⁸ considera que esta confusión se debe mayormente a la amplia colección de muchas veces conflictivas prácticas y políticas, que han sido consideradas como pertenecientes a esta categoría. De acuerdo con la definición de Greenawalt³⁶⁹: "Acciones positivas es una frase que se refiere a intentos de llevar a miembros de grupos sub-representados, usualmente grupos que han sufrido discriminación, a un grado más alto de participación en algún programa benefical. Algunos esfuerzos de acciones positivas incluyen tratamiento preferencial; otros no." Según Rosenfeld³⁷⁰ "las acciones positivas pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente

³⁶⁸ Ver Fullinwider, Robert. *The Reverse Discrimination Controversy*. Rowman and Littlefield, Towota, N.J.

³⁶⁹ Ver Greenawalt, Kent. *Dzscrzmznatzon and Reverse Discrimination*. Alfred A. Knopf, New York.

³⁷⁰ Ver Rosenfeld, op. cit.

desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario."

El objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual, cada sujeto reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que, el punto de partida es asimétrico y que, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria.

Una sociedad justa demanda la igualdad de acceso a los recursos y de respeto. El logro de la igualdad de género implica el cumplimiento de determinados deberes por parte de la comunidad. Para reparar la desigualdad de género, la sociedad tiene que reconstruir sus reglas primarias a los efectos de incorporar las perspectivas de las mujeres. Dado el hecho de que, las perspectivas y experiencias de las mujeres han sido constantemente omitidas o desvalorizadas, -especialmente en lo concerniente al dominio público, esta reconstrucción requiere un apoyo positivo.

A los efectos de remediar la desigualdad de género, es necesario reconocer que las necesidades de las mujeres se originan en el contexto de la discriminación. De otra forma, las mujeres serán siempre acusadas de demandar un tratamiento preferencial inválido con el propósito de resolver problemas, que son de su propia incumbencia y sus demandas continuaran siendo desoídas.

La asignación asimétrica de derechos y privilegios vigente, genera el deber de la sociedad de garantizar que las mujeres posean los medios para alcanzar y desarrollar una plena ciudadanía. Esto significa concebir a la sociedad como un activo promotor de sus derechos fundamentales.

Esta cuestión presume una concepción amplia de los derechos, en oposición a una concepción estrecha que sólo reconoce derechos negativos contra la interferencia estatal. Por el contrario, los llamados derechos positivos implican un deber positivo por parte de la sociedad. El principio subyacente a esta concepción afirma que los derechos pueden ser violados tanto por acción como por omisión.

Esto significa que ciertos derechos son violados si no se proveen los medios adecuados para que los individuos los materialicen y, por lo tanto, la sociedad está obligada a observar las necesidades fundamentales de los individuos.

Al menos dos tipos de mecanismos de acciones positivas han sido implementados en distintos países: cuotas y objetivos. El sistema de cuotas consiste en una fórmula más o menos fija, utilizada para decidir cuantos miembros de un grupo minoritario o de mujeres deben ser aceptadas en una institución o acordados un beneficio. Un sistema de cuotas es explicado muchas veces como un standard definitivo, por el cual es obligatorio que determinado número de posiciones sea llenado por mujeres o por miembros/as de grupos minoritarios antes de que varones blancos sean selectos. Una cuota generalmente cumple la función de fijar un piso mínimo en el número de candidatas mujeres o minorías seleccionadas. Estas acciones apuntan a la concreción de resultados concretos en situaciones particulares; se dirigen a contrarrestar desigualdades específicas.

El segundo mecanismo utilizado para implementar un programa de acciones positivas es el de los objetivos. En este caso no se trata de un standard rígido que cumplir sino metas plausibles de alcanzar mediante intentos de buena fe para contribuir al cumplimiento de las diversas facetas de los programas de acciones positivas. Suelen apuntar a cambios estructurales, y no son dirigidas a situaciones individuales sino a la reforma de mecanismos

y prácticas que obstaculizan las oportunidades de las mujeres y minorías discriminadas, como es el caso de la modificación del horario de trabajo para hacerlo más compatible con las demandas familiares, o garantizar niveles de educación y niveles de entrenamiento de estudiantes y trabajadoras mujeres.

Esta clase de acciones simplemente provee de los instrumentos que intentan balancear el campo de juego entre varones y mujeres o mayorías y minorías. Existe una controversia con respecto a la diferencia -si existe alguna- entre "objetivos" y "cuotas".

De cualquier modo, en el contexto de los programas de acciones positivas tanto los "objetivos" como las "cuotas" consisten en la incorporación de una proporción relativa de miembros de diferentes grupos especialmente mujeres y minorías- en determinadas posiciones o en proveerles algunos beneficios especiales. El establecimiento de objetivos significa aspirar al logro de una cierta proporción de mujeres o miembros /as de grupos minoritarios en determinadas posiciones o actividades. Un objetivo puede consistir en la mera atención al ideal formal de igualdad de oportunidades o puede incluir la implementación de un tratamiento preferencial. Un sistema de cuotas se refiere a la asignación de una determinada cantidad de posiciones de acuerdo con mi número previamente definido o con la proporción de posiciones a ser asignadas.

Una cuota puede referirse a un piso o a un techo o a ambos. En aquellas situaciones en las cuales la buena fe falta o no es suficiente, las cuotas constituyen la única aplicación operativa de las acciones positivas. Por ejemplo las cuotas pueden ser más efectivas que los objetivos a los efectos de eliminar ciertas barreras inconscientes como el principio de identificación. Muchas veces, aun cuando algunos consideren que se comportan bajo el principio de buena fe, ellos persisten en prácticas inconscientes de discriminación y las cuotas se convierten en el único modo efectivo de superarlas. En el caso de la

competencia política por espacios de poder, se puede concluir que los términos de esta competencia son tan duros que la implementación de un sistema de cuotas es la única forma de garantizar a las mujeres la igualdad de oportunidades.

7. Justificación de las acciones positivas

Las acciones positivas han sido justificadas sobre la base de los siguientes fundamentos: justicia compensatoria, justicia distributiva y utilidad social. El presente análisis examina cada uno de estos tres fundamentos, y trata de mostrar como ellos pueden ser aplicados en pro de la erradicación de la violencia contra la mujer.

7.1. Justicia compensatoria

Uno de los argumentos principales en favor de las acciones positivas está basado en términos de justicia compensatoria. La justicia compensatoria acuerda reparaciones por daños pasados. El objeto de una medida basada en razones de justicia compensatoria es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos/as hubieran ocupado de no haber sido por las injusticias sufridas. De acuerdo con los argumentos de justicia compensatoria, las injurias pasadas originan un derecho a su reparación para quienes la han sufrido.

De acuerdo con una concepción amplia de justicia y de derechos, la institución de la igualdad real de oportunidades demanda tanto conductas negativas como positivas. En este sentido, a los efectos de establecer un orden político y social, el Estado no debe imponer ningún impedimento legal o cuasi-legal en la competencia por recursos escasos. Por otra parte, en una que enfrenta demandas relativas a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencias de violaciones al derecho a igual tratamiento, solo en unas pocas circunstancias la eliminación de los impedimentos legales o cuasi-

legales resulta adecuada para lograr la reparación de desigualdades previas y sus consecuencias relativas a la competencia por bienes, recursos y posiciones de poder.

En muchos otros casos, especialmente si los impedimentos han sido impuestos por un largo período de tiempo, el mero retiro de éstos no es suficiente para alcanzar la situación de igualdad que existió o debió haber existido si aquellos impedimentos nunca hubieran sido impuestos. En estos casos, la eliminación de los obstáculos legales no significa elevar las posibilidades de éxito de quienes los sufrieron, a algo más que una mera posibilidad, en comparación con aquellos que han disfrutado de los beneficios y privilegios de la situación previa de dominación.

De acuerdo con Goldman: "La adopción de alguna regla distributiva implica que cuando suceden violaciones, quienes las cometen deben ser considerados responsables y las víctimas compensadas a los efectos de mantener las distribuciones en conformidad con los requerimientos de la regla tanto como sea posible. Sería irracional, o quizás aún sin sentido, para contratantes hipotéticos adoptar una regla distributiva sin construir estipulaciones relativas a la responsabilidad... y compensación por violaciones. Si los resultados de las violaciones son permitidas como regla, entonces no puede haber habido un deseo sincero de distribuir beneficios de acuerdo con el principio original"³⁷¹

Goldman considera que "el caso paradigmático al cual se aplica el principio de compensación, implica una inflicción intencional de injuriar, violando un derecho, que resulta en una pérdida conmensurable para la víctima y un beneficio para quien ha perpetrado la violación al derecho. En

³⁷¹ Ver Goldman, Alan. Justice and reverse discrimination. Princeton University Press, Princeton, 1979.

este caso, es claro que la parte culpable debe restaurar su mal habido beneficio a la víctima."³⁷²De acuerdo con esta perspectiva, se podría concluir que la justicia compensatoria demanda la transferencia de bienes y recursos de una persona o grupo de personas a otra/s a los efectos de restablecer la situación de igualdad que existía o debía haber existido entre ellas antes de la imposición de las condiciones que resultaron en privilegios para el violador de la igualdad y obstáculos para las víctimas.

Aún para quienes mantienen una concepción restringida de los derechos, como es el caso de Nozick, la justicia de cierto estado de distribución de bienes y recursos depende de la secuencia real de eventos que culminan con la adquisición del control de un bien particular por una persona particular. A los efectos de juzgar si este control es justo, Nozick” considera que si alguien obtiene un bien de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición o en la transferencia, por parte de alguien con derecho a ese bien, entonces está legitimado en la posesión de ese bien. Nadie está legitimado a esta posesión si no es por estos medios. Si la posesión de un bien o recurso no satisface estos principios, el poseedor actual no está legitimado, y esto hace surgir la cuestión de las compensaciones por las injusticias pasadas. Es necesario establecer qué injusticias han sido cometidas en el pasado y evaluar sus efectos en la configuración de las distribuciones de bienes y recursos presentes. Así, sería posible calcular que configuración hubiera resultado si esas injusticias pasadas no hubieran tenido lugar y comparar con la configuración actual de estas distribuciones. En caso de que exista una diferencia entre esas configuraciones sería necesario desarrollar una rectificación reasignando esas posesiones a los efectos de eliminar esa diferencia. De acuerdo con este principio de rectificación, la forma de realizar una compensación adecuada para una víctima de perjuicios pasados descansaría en ubicar a la víctima en la posición que ella hubiera ocupado si

³⁷² Ver idem.

los daños pasados no hubieran tenido lugar. Algunas veces esto podría significar no sólo retornar lo que fue injustamente arrebatado sino también podría requerir proveer compensaciones por la posición a la cual la víctima hubiera accedido como consecuencia de los recursos que ella podría haber utilizado y de los cuales fue injustamente privada.

Es innecesario describir la histórica y sistemática discriminación que hemos padecido las mujeres. Catherine MacKinnon se refiere a algunos de los daños que las mujeres hemos sufrido

En este país, con paralelos en otras culturas, la situación de las mujeres combina paga desigual con trabajo no respetado, ser blanco sexual para violaciones, violencia doméstica, abuso sexual cuando menores y sistemático acoso sexual; despersonalización, una caracterización física denigrante, su uso en entretenimientos desvalorizantes, la privación del control reproductivo y la prostitución forzada. Entender que estas prácticas se realizan por hombres hacia las mujeres es ver estos abusos como formando un sistema, una jerarquía de desigualdad. Esta situación ha ocurrido en muchos lugares, de una u otra forma, por un muy largo tiempo, a menudo en un contexto caracterizado por la privación de la propiedad privada (las mujeres suelen ser objeto de la propiedad más que poseerla), propiedad y uso de las mujeres como objeto, la exclusión de la vida pública, la pobreza basada en el sexo, una sexualidad degradada, y una devaluación del valor de las mujeres y de sus contribuciones a la sociedad. Esta subordinación de las mujeres a los varones está socialmente institucionalizada, configurando acumulativa y sistemáticamente el acceso a la dignidad humana, al respeto, los recursos, la seguridad física, la credibilidad, la pertenencia a la comunidad, el discurso y el poder. Incluyendo todas sus variables, el grupo de las mujeres puede ser visto

como poseedor de una historia social de falta de poder, explotación y subordinación, que se extiende hasta el presente³⁷³.

Por un largo tiempo, muchas de estas cuestiones, tales como la violencia doméstica, el acoso sexual, el abuso y violación conyugal, el cuidado y crianza de los hijos, han sido siempre descartadas como cuestiones de simple privado. Esto ha sido ratificado por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. De acuerdo con esta noción, se ha construido una poderosa y extensa ideología, reforzando la percepción que concibe al sistema de relaciones sociales como divididas entre dos esferas, una pública y masculina, y la otra privado y femenino. La esfera privada se refiere al hogar, a la familia, y al brindar cuidados. Está asociada con los valores y principios que están definidos como lo relacional, lo no jerárquico y altruístico. Estos roles han sido segregados de la vida pública relacionada con los negocios, el mercado y la actividad política.

En tanto que de las mujeres se espera que ejecuten roles familiares sirviendo en la esfera privada, mientras que se presume que los varones operan en el mundo público. Se considera que este dominio público encarna los valores de la competencia, el individualismo y la jerarquía. Estos valores se toman en dominantes en tanto el dominio público prevalece en la estructura social y normativa.

El acceso y la participación de las mujeres en el mercado de trabajo se han incrementado notablemente durante las últimas décadas. Sin embargo, las cargas que la esfera privada impone a las mujeres no han disminuido y las chances de mayores éxitos económicos y profesionales son todavía muy limitados. Ha sido ampliamente reconocido que mantener cierto grado de independencia financiera es una condición necesaria para participar en el

³⁷³ Ver MacKinnon Catherine. "From Practice to Theory". Yale Journal of Law and Feminism, Vol. 4. pág. 15.

proceso político. Si los individuos no tienen esta seguridad económica, ellos/as se convierten en dependientes de los más poderosos y están también descartados por el sistema social. Más aún, aquellos/as que están en los márgenes de la estructura social, simplemente carecen de los recursos requeridos en la práctica por la actividad política. Existe una conexión inevitable entre el status económico y el poder político³⁷⁴. La extendida opresión de las mujeres y su relajamiento a una posición económica marginal inevitablemente restringe el desarrollo de una participación política significativa.

Estos obstáculos sociales y psicológicos pueden frustrar las posibilidades de éxito de las mujeres de la misma manera que un proceso de selección directamente discriminatorio. Como resultado, los varones disfrutan de los privilegios sociales y psicológicos y la motivación para alcanzar futuros éxitos con respecto a tales posiciones. Ha habido un cambio social en los últimos años con respecto a los obstáculos que las mujeres tienen que enfrentar y los impedimentos sociales y familiares en lo concerniente a las aspiraciones a ocupar determinadas posiciones detentadas hasta ahora exclusivamente por varones. Sin embargo, las mujeres continúan sufriendo un sentimiento ambivalente con respecto al trabajo fuera de la casa, enfrentando la consternación y preocupación por eventuales fallas en lo profesional o en lo personal. Estos son miedos con los que los varones no tienen que lidiar, por lo menos al mismo grado que las mujeres.

Esto es así porque en muchos trabajos, y la actividad política es un ejemplo típico, la medida de la capacidad o competencia, aunque está aparentemente expresada en términos neutrales con respecto al género,

³⁷⁴ Para un desarrollo de la relación entre participación política y factores como clase, status económico y social, ver Almond, G. A. y Verba, S. *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*.

refleja las experiencias, valores y prejuicios de los varones. La esfera política está caracterizada como demandando un temperamento agresivo. En este sentido las mujeres son frecuentemente condenadas por no comportarse tan agresivamente como los varones. La validez de las experiencias y valores de las mujeres son en general descartadas dado que las mujeres pocas veces se encuentran en posiciones de poder que les permitan legitimar sus voces. Como resultado, los atributos y contribuciones de las mujeres permanecen negados y denigrados. Aun cuando la actividad política refuerza el punto de vista de los varones y sus experiencias, ello está escondido tras reglas de juego aparentemente neutrales respecto del género, que benefician a los varones. Sin embargo, el carácter de "objetividad" que supuestamente detentan, las hace aparecer como reflejando simplemente un orden neutral respecto al género.

Otro obstáculo que las mujeres es la ausencia de una masa crítica de colegas. Esta falta de un medio alentador puede también producir efectos perjudiciales para las probabilidades de éxito de las mujeres dado que ellas pueden considerarse ocupando el lugar de una minoría aislada, siempre en exhibición, examinadas y cuestionadas. Estos sentimientos pueden también afectar su eficiencia y su capacidad de mantenerse en altas posiciones o alcanzar mayores éxitos.

Dadas estas condiciones psicológicas y sociales negativas, las acciones positivas pueden ser el único modo de compensación. El sistema de cuotas en las listas de los partidos políticos es un mecanismo justo y legítimo sobre la base del principio de igual protección ante la ley pues, al compensar a las mujeres por un contexto social y político históricamente discriminatorio en términos de género, promueve su acceso al proceso político, siguiendo los requerimientos de un principio de igualdad real.

7.2. Justicia distributiva.

También es posible justificar un mecanismo de acción positiva como el sistema de cuotas sobre la base de razones de justicia distributiva. Este principio toma en cuenta no el pasado sino el presente y el futuro, a los efectos de determinar cuál es la forma más justa de asignar los bienes y recursos sociales y políticos. De acuerdo con los principios de justicia distributiva, la distribución de bienes y recursos debe estar guiada por una preocupación real respecto a factores tales como derechos, méritos, contribuciones y necesidades.

El principio de justicia distributiva puede reconocer injusticias pasadas pero su objetivo no es compensarlas sino revocar sus efectos presentes. De acuerdo con los principios de justicia distributiva, una persona está autorizada para recibir los beneficios de un programa de acción positiva no porque la sociedad está reconociendo y tratando de reparar injusticias pasadas sino por que merece una porción mayor de los recursos de la comunidad.

La teoría de justicia distributiva sostiene que el Estado debe realizar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre sus miembros. Este principio alude tanto a los actos de distribución como a los estados de hecho que son la consecuencia de cierta asignación de bienes, recursos y cargas.

Cada reclamo de un individuo tiene una forma compleja: éste incluye más o menos todas sus necesidades e intereses, pero en un orden de relativa urgencia de importancia. Esto determina tanto cuál de ellas debe ser satisfecha primero como si ellas deben ser satisfechas antes o después los intereses de otras... [y] la característica esencial de un sistema igualitario de prioridades es que éste acuerde ventajas para el beneficio de los menos favorecidos. De acuerdo con un criterio igualitario de justicia distributiva

coherente con esta visión, esto requeriría la búsqueda de la igualdad de resultados más que la igualdad de oportunidades.

En realidad, la igualdad de oportunidades a menudo conduce a la desigualdad de resultados, y por lo tanto parece ser menos conveniente que la igualdad de resultados a los efectos de alcanzar la realización plena de las necesidades más urgentes de cada individuo. En un contexto de discriminación y desigualdades sociales, la mera igualdad de oportunidades conduciría a desigualdades de resultados. Para cumplir con el principio de justicia distributiva, es necesario adoptar la igualdad de resultados más que de oportunidades.

Uno de los propósitos para adoptar un principio de justicia distributiva es el de generar un marco institucional apropiado para proveer un equilibrio óptimo entre el logro de un grado social de cooperación necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de la sociedad y el de la protección de los derechos individuales.

De acuerdo con un criterio igualitario de justicia distributiva coherente con esta visión, esto requeriría la búsqueda de la igualdad de resultados más que la igualdad de oportunidades. En realidad, la igualdad de oportunidades a menudo conduce a la desigualdad de resultados, y por lo tanto parece ser menos conveniente que la igualdad de resultados a los efectos de alcanzar la realización plena de las necesidades más urgentes de cada individuo. En un contexto de discriminación y desigualdades sociales, la mera igualdad de oportunidades conduciría a desigualdades de resultados. Para cumplir con el principio de justicia distributiva, es necesario adoptar la igualdad de resultados más que de oportunidades.

Uno de los propósitos para adoptar un principio de justicia distributiva es el de generar un marco institucional apropiado para proveer un equilibrio

óptimo entre el logro de un grado social de cooperación necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de la sociedad y el de la protección de los derechos individuales.

De acuerdo con la teoría de Rawls³⁷⁵ existen dos principios de justicia que podríamos aplicar a esta cuestión. El primero sostiene que "cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de los otros". El segundo principio es conocido como el "principio de diferencia" y este principio prescribe que "las desigualdades sociales y económicas deben ser arregladas de forma tal que ambas estén: a) para el mayor beneficio de los menos favorecidos... y b) asociadas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades". Rawls afirma que una desigualdad de oportunidades sólo es aceptable si ésta agranda "la oportunidad de aquellos con menores oportunidades". Estos principios de justicia están diseñados para ser aplicados no a cada problema social en particular sino solo a la "estructura básica de la sociedad" que describe "el modo en el cual las mayores instituciones sociales distribuyen deberes y derechos fundamentales y determinan la división de ventajas de la cooperación social"³⁷⁶.

El sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos, se refiere realmente a la estructura básica de la sociedad, dado que afecta a la distribución de derechos fundamentales basado en la igualdad así como a la división de las ventajas de la cooperación social. En realidad, este sistema afecta a las instituciones y prácticas sociales más fundamentales, promoviendo el acceso de las mujeres a la distribución de posiciones de poder.

³⁷⁵Ver Rawls, John. A theory of justice. Harvard University Press, Cambridge, 1971.

³⁷⁶Para un análisis de las potencialidades y críticas de la teoría de Rawls desde una perspectiva feminista, ver Moller, Okin Susan. Justice, Gender and the Family. Basic Books, 1989, págs. 89 y sgts.

Dada la existencia de discriminación sexual tanto a nivel individual como institucional, y teniendo en cuenta el estado corriente de desventajas sociales y psicológicas que las mujeres tienen que superar a los efectos de adquirir credenciales iguales a aquellas que ostentan los candidatos varones, el sistema de cuotas es legítimo de acuerdo con un principio de justicia distributiva dado que garantiza a las candidatas mujeres una chance de obtener logros políticos y recursos en posiciones de poder, igual a los candidatos varones.

Las mujeres están significativamente subrepresentadas en los niveles más altos de toma de decisiones y del poder, aun cuando ellas son la mitad de la población. Esta distribución desigual del poder no puede ser explicada por ninguna otra consideración relevante que no sea un sistemático e histórico sexismo. Este mecanismo de acciones positivas contribuye así a una sociedad más justa por garantizar una más justa distribución de recursos e igualdad de chances de éxitos, tratando de ubicar a las mujeres en condiciones de igualdad con respecto a los candidatos varones.

7.3. Utilidad social

A los efectos de justificar la adopción de un mecanismo de acciones positivas tal como el sistema de cuotas, es posible utilizar el argumento de que este mecanismo proporciona un mayor grado de utilidad social.³⁷⁷ De acuerdo con la teoría de la utilidad social, un sistema de acciones positivas es necesario o conveniente para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Más que prestar atención a los derechos individuales como es el

³⁷⁷ Los criterios de utilidad social no brindan por sí solos justificación suficiente para adoptar medidas que puedan afectar derechos de terceros. En el caso del sistema de cuotas, la fundamentación central recae en los argumentos de justicia compensatoria y distributiva. Sin embargo, los criterios de utilidad social a desarrollar aportan mayores elementos para tal fundamentación.

caso de las teorías de justicia compensatoria y distributiva, se trata de incrementar la utilidad social en términos del bienestar general. Para evaluar si un sistema de acción positiva está justificado por razones de utilidad social, es necesario concentrarse en criterios empíricos de bienestar social más que en cuestiones teóricas y concepciones de adjudicación.

En este sentido, los programas de acción positiva pueden ser justificados aún si aquellos/as que reciben los beneficios no han sido dañados/as o tratados/as desigualmente en el pasado, siempre que estos programas incrementen los beneficios de la sociedad en su conjunto. Para desarrollar el análisis de costos y beneficios que justificaría un programa de acción positiva bajo criterios de utilidad, es necesario tener en consideración ventajas tales como la promoción y desarrollo de modelos de roles deseables, la destrucción de estereotipos negativos, el logro e incremento de la diversidad, el alivio de las tensiones entre los sexos, y la provisión mejorada de servicios a las/os menos poderosas/os de la comunidad. Un programa de acción positiva puede ser adoptado si las ventajas que éste acarrea para la sociedad son mayores que los costos que le significan.

A los efectos de desarrollar este análisis de costos y beneficios, es necesario concentrarse particularmente en las siguientes cuestiones. En primer lugar, se debe evaluar la relación entre los beneficios que reciben los/as miembros/as del grupo en favor del cual el programa de acciones positivas ha sido adoptado y los daños que supuestamente deben ser tolerados por otros.

En este sentido, el tratamiento preferencial acordado a las mujeres por el sistema de cuotas no solo conduce a un beneficio neto de la sociedad, sino que la resignación de ciertas posiciones deseables de varones a mujeres no conduce a un resultado de suma-cero. En una dirección similar, Fullinwider”

estima que un movimiento en las ventajas asociadas con ciertas posiciones de blancos justificado cuando

Este mecanismo de acción positiva no parece producir ningún cambio significativo en cuanto a la imagen de los varones como grupo. Tal como afirma Nagel con respecto a los programas de acción positiva para las personas de color: "La auto-estima de los blancos como grupo no está en peligro por (las acciones positivas) dado que la situación se produce solo por su dominación social general, y el objeto de la práctica es solo beneficiar a los negros, no excluir a los blancos. La política está diseñada para favorecer un grupo cuya posición social está excepcionalmente debilitada, con consecuencias destructivas tanto para la auto-estima de los miembros del grupo como para la salud y la cohesión de la sociedad"³⁷⁸.

Dado el hecho de que los varones continúan manteniendo la mayoría de las posiciones de poder y dominan las esferas de toma de decisiones, su percepción colectiva del poder y su nivel general de respeto no será amenazado por algunos fracasos individuales. En este caso, el acceso de las mujeres a posiciones relevantes para el proceso político contribuirá a la representación de las voces y los intereses de las mujeres con el correspondiente incremento en la autoestima colectiva de las mujeres, mientras que reducir el número de posiciones en cargos electivos de, en general más del noventa por ciento detentado por los varones a no más del setenta por ciento no va a conducir a una disminución de la autoestima colectiva masculina, ni hará que sus voces o sus intereses no se encuentren representados.

³⁷⁸ Ver Kupperman. "Relations between the sexes: Timely vs. Timeles Principles" 25 San Diego L

De acuerdo con el argumento utilitario, el bienestar general será maximizado cuando los/as más competentes sean los/as que comanden las esferas de toma de decisiones.

En primer lugar, este argumento está basado en la falsa premisa de que en ausencia de acciones positivas, los candidatos llegan al Congreso sobre la base del mérito y la competencia. Sin embargo, las mujeres siempre han sido mantenidas al margen de la competencia por posiciones de poder. Más aún, han sido sistemáticamente negadas de la posibilidad de desarrollar potencialidades bajo iguales circunstancias y excluidas de la actividad política y de los procesos políticos por un largo período de tiempo. Pese a ello, todavía tenemos que tolerar prejuicios sociales en contra de nuestra competencia política.

Puede argumentarse que las candidatas mujeres que reciben los beneficios de las acciones positivas están tan o mejor calificadas que cualquier candidato varón. Es muy probable que las candidatas mujeres que reciben los beneficios de acciones positivas hayan tenido que superar impedimentos sociales y psicológicos, enfrentando las desventajas sociales de pertenecer a un género sin poder. Para ser capaces de superar estos impedimentos, las candidatas mujeres tienen que desarrollar mayores aptitudes y habilidades para vencer a las restricciones sociales y psicológicas iniciales, así como también a las desventajas materiales. En este sentido ellas deben demostrar tener más constancia, persistencia, motivación personal y convicción que muchos de los candidatos varones. Las candidatas mujeres han tenido que enfrentar obstáculos a causa de motivos de género tales como la falta de modelos de roles, la ambivalencia con respecto a los sentidos de la competencia y el éxito, bajos niveles de auto-confianza, y la necesidad de un grupo crítico de su propio género en el proceso político. Kupperman afirma que la selección de los/as candidatos/as de acciones positivas es la elección

adecuada porque estos programas contribuyen a determinar quién es en realidad el/ la candidato/ a más calificado/ a, lo cual sería una decisión muy difícil de tomar con precisión en una sociedad discriminatoria.

Además, la misma idea del mérito que subyace al argumento relacionado con los candidatos más calificados es en sí misma cuestionable. Las nociones de mérito y competencia han sido basadas en términos masculinos, en un contexto usualmente moldeado conforme a sus características. Dado el carácter de los problemas humanos con los que tiene que lidiar los/ as representantes, existen muchas otras habilidades y características que deben ser tomadas en consideración. En realidad, la cuestión relativa a la competencia debe ser redefinida. Es necesario redefinir como el mérito es valorado en términos de la actividad que aquellas /os afectadas/ os por los programas de acción positiva van a desarrollar.

En términos de un sistema democrático, lo que está en juego es la representación de intereses y tal como lo ha afirmado Mill, nadie es mejor juez de los propios intereses que uno mismo. Deborah Rhode³⁷⁹ afirma que: Lo que la mayoría de los críticos también pasan por alto es que las mujeres y las minorías frecuentemente hacen contribuciones que son inadecuadamente reflejadas en los criterios convencionales. Para tomar un ejemplo obvio, las académicas pueden ofrecer diferentes perspectivas sobre paradigmas intelectuales tradicionales a las de sus colegas varones; las contribuciones de los programas de estudios de género de las dos últimas décadas subrayan este punto. La participación de aquellas/ os con diferente experiencia histórica puede enriquecer los standards por los cuales el rendimiento es medido. Más aún, las mujeres que tienen récords objetivos similares a sus colegas varones, pero a los que llegan bajo contextos menos protegidos, a menudo tienen habilidades mayores a aquellas que son reconocidas por los procesos de

³⁷⁹ Rhode, Deborah, *Justice and Gender*. Harvard University Press, 1989, págs. 185-86

evaluación tradicionales. Tal como lo han notado Martha Minow y Mary Becker, aun caracterizar estos casos como acciones positivas lleva un malentendido. Lo que los críticos a menudo presentan como una desaprobación respecto de la escala de individuos "menos calificados" puede en realidad reflejar sólo ajustes necesarios en la forma en que la escala es calibrada.³⁸⁰

Así, pensando en términos de representación, estamos frente a un carácter dual dado que se expresa tanto como mandato como en relación a la responsabilidad. Se ha dicho que son dos caras de la misma moneda, puesto que sólo tiene sentido autorizar a alguien a actuar en su nombre si se lo puede hacer responsable por lo que hace. Por otra parte, nos encontramos con la noción "especular" de la representación como reproducción de un original que el / la representante sustituye.³⁸¹

La primera noción de representación consiste en que un grupo de ciudadanos autorice a un mandatario para que defienda sus ideas e intereses, debiendo responsabilizarse ante ellos por una gestión contraria tales intereses. Bajo la segunda noción, la representación está dada por sustituir al conjunto social representado por un cuerpo semejante en los aspectos relevantes para la toma de decisiones políticas.

Tal como lo afirma Nino: Difícilmente se de una representación adecuada sin absorber, en parte, a alguna de estas nociones: la autorización y la responsabilidad en la defensa de ideas e intereses nunca es del todo definida, y necesita de la reproducción del grupo con tales ideas e intereses en el cuerpo que tomará la decisión para asegurar la convergencia de la incidencia de ese grupo en la decisión con las preferencias de sus integrantes. Por otra parte,

³⁸⁰ Ver Rhode, op. cit., pág. 187.

³⁸¹ Ver Sartori, Giovanni. "Representation: Representational Systems", en *International Encyclopedia of Social Sciences*, págs. 465 y sgts.; Pitkin, Hanna. *El Concepto de Representación*; Nino, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, págs. 596 y sgts.

no hay garantía de que la reproducción sea adecuada si los sectores a ser reflejados en el cuerpo que tomará la decisión no eligen a quienes reflejarán sus preferencias, las que necesitan ser explicadas en el proceso de autorización mediante la elección; la fidelidad de la reproducción se garantiza con la responsabilidad del representante cuando el representado no se siente reflejado en sus posiciones.³⁸²

Nino agrega que sin un acto compromisorio entre quienes detentan los intereses e ideologías originarios y quienes deben exponerlos en el cuerpo representante, no queda garantizado el carácter genuino de tales intereses e ideologías ni la fidelidad de su reproducción.

Siguiendo la premisa de que nadie es mejor juez/ a de sus propios intereses que uno/ a mismo/ a, en la medida en que sea otro/ a la encargado/a de evaluar los principios propuestos para solucionar una cuestión política a la luz de los intereses de una persona o de un grupo de personas, inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de esos intereses. Tal distorsión se produce por la falta de explicación clara de sus intereses por parte del mandante, por falta de conocimiento cierto de tales intereses por el mandatario, por la interposición de los intereses del propio mandatario, etc. Es por ello que la incorporación de mujeres en la toma de decisiones mediante mecanismos de acciones positivas como el sistema de cuotas en los partidos políticos contribuye a una representación más genuina de la diversidad de la sociedad y de la mayor cantidad de intereses.

Por otra parte, las mujeres incorporan una valiosa perspectiva al proceso político. A través de la interacción personal es posible, directa o indirectamente, aprender de las diferencias y alentar la revisión de las premisas más profundamente asumidas y que han oscurecido las perspectivas

³⁸² Ver Nino, op. cit., págs. 598-99.

e intereses de las mujeres. Vivir la vida como una mujer en una sociedad discriminatoria hace que una sea más consciente de la jerarquía por géneros, y permite que las mujeres en el Congreso traten temas especialmente relacionados a cuestiones de género o aporten su perspectiva en relación con otros que los varones muchas veces no ven o tienen dificultades para entender. Sin la exposición a estas perspectivas, el proceso de toma de decisiones faltaría en apreciar por completo muchas de las complejidades de la sociedad.

Las mujeres en el Congreso no sólo tienen altas posibilidades de contribuir a los intereses de las mujeres sino que también contribuyen a una imagen más valorada de las mujeres a causa de los procesos de identificación. Asimismo, el avance en las posiciones de las mujeres contribuye a los beneficios de la sociedad en su conjunto. Las acciones positivas, al redistribuir las oportunidades de acceso a posiciones de poder, reducirán también las desigualdades subyacentes y disminuirán las tensiones sociales. El bienestar general estaría claramente aventajado con la incorporación de las voces de las mujeres en el debate público dado que ubicarlas solamente en lugares alejados de la toma de decisiones conduce a despreciar sus potenciales y cortar sus propios avances.

Uno de los principales daños que resultan de una discriminación sistemática es una grave baja de la autoestima colectiva. Un sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos que les permita acceder a poder y prestigio produciría un notable cambio en la autoimagen colectiva del grupo. Este sistema beneficiará a algunas mujeres en una forma directa, pero también va aventajar las mujeres como grupo.

De acuerdo con las palabras de Nagel:

Una consecuencia psicológica de una conexión sistemática de desventajas sociales con una característica particular, es que tanto los

poseedores de esta característica como los otros han empezado a descartarla como una característica esencial e importante, con la consiguiente reducción de la estima de este poseedor. Concomitantemente, aquellos sin la característica ganan libre estima por comparación, y el arreglo así sacrifica los intereses personales más básicos de algunos otros que están en los niveles más bajos³⁸³.

Una de las principales ventajas de mecanismo de acciones positivas tal como el sistema de cuotas es que es capaz de confrontar el sentido de reducido valor de las mujeres que han sido las víctimas de discriminación sistemática. Esto contribuye a la creación de nuevos roles valiosos para mujeres que representan los símbolos del logro o el éxito para las mujeres. Ellos indican que existen posibilidades de éxito al alcance de las mujeres. En efecto, las mujeres que alcancen altas posiciones en las esferas de toma de decisiones ofrecerán modelos de roles que son valiosos para la sociedad en su conjunto. La gente joven y particularmente las mujeres que las miren en televisión, las escuchen en la radio, lean sobre ellas en los periódicos, las escuchen hablar, o tengan la oportunidad de visitarlas en sus oficinas, crecerán con la percepción de que la actividad política y las posiciones de poder no están reservadas sólo a los varones. Ellas tendrán también la sensación de que ocupar aquellas posiciones no significa venderse o ser "poco femeninas".

La presencia de mujeres en estas posiciones prominentes en la sociedad ejercerá una influencia constructiva en otros miembros del grupo. Por el contrario, la falta de tales modelos de roles transmite el mensaje inverso de que las mujeres son repelidas de las posiciones poderosas y relegadas a los

³⁸³ Ver Nagel, Thomas. *Mortal Questions*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979

peores niveles. Para concluir, la presencia de mujeres en tales posiciones podrá contribuir a quebrar las imágenes de los estereotipos negativos tradicionales de mujeres y alentará a las mujeres a desarrollar plenamente sus potencialidades.

En palabras de Rhode:

Para lograr un orden social en el cual la riqueza, el poder y el status no son distribuidos a lo largo de líneas raciales, étnicas o sexuales, debemos primero disipar los estereotipos que contribuyen a esta distribución desigualitaria. Las acciones positivas pueden ser cruciales en este esfuerzo por ubicar una masa crítica de mujeres en puestos no tradicionales. Solo asegurando su presencia más allá de niveles de muestra podemos esperar contrarrestar los prejuicios latentes y los procesos de socialización que han perpetuado las desigualdades ocupacionales. Aunque los efectos positivos son difíciles de cuantificar, las investigaciones de las ciencias sociales sugieren que los modelos de roles han ayudado a expandir las aspiraciones de las mujeres. La experiencia con colegas mujeres más allá de los niveles de muestra pueden también reducir los estereotipos adversos entre los varones que toman decisiones.³⁸⁴

8. Argumentos a favor y en contra para la implementación de acciones positivas.

En esta sección, trataré de confrontar algunos de los argumentos que los oponentes de las acciones positivas y en particular del sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos, han dirigido en contra de este mecanismo de acuerdo con los diversos modos de justificarlas.

En primer lugar, se ha argumentado que el principio de justicia compensatoria como base de programas de acciones positivas enfrentaría un

³⁸⁴ Ver Rhode, op. cit., pág. 188.

obstáculo inicial, debido a que la razón para su implementación está dada por injurias que han sido sufridas por algunas personas que no son exactamente las mismas que van a ser beneficiadas por estos programas. Esto haría surgir la pregunta de si la compensación es debida por tales injurias estas personas. Sin embargo, las injurias históricas tales como la subordinación y la degradación sufridas por siglos no pueden ser separadas de los resultados actuales de aquella historia. Esto significa que las injurias pasadas y presentes son inseparables. La discriminación actual, aún cuando haya sido atemperada, es un resultado de nuestra historia anterior. Las injurias sufridas por las mujeres no pueden aislarse de los hechos de subordinación histórica y los impedimentos para participar en el proceso político. Por esta razón, está fuera de la cuestión preguntarse si un mecanismo de acciones positivas compensatorias tal como el sistema de cuotas, está concebido como un sistema para reparar las violaciones a la igualdad perpetradas en tiempos pasadas, o como una forma de compensar a causa de los resultados perjudiciales presentes de tales violaciones.

Otra cuestión que está implicada en este tema es que, a los efectos de justificar la implementación de un mecanismo de acciones positivas compensatorio, es necesario demostrar que ha existido una injusticia o perjuicio anterior, realmente padecido por aquellos/as que van a recibir los beneficios del mecanismo. Esto hace surgir la pregunta de si todos los miembros del grupo que está beneficiado por este sistema han sido perjudicadas para concluir que las reparaciones pueden ser acordadas sobre las bases de la pertenencia al grupo.

En el contexto de la discriminación de género, la desigualdad fue y es sufrida por las mujeres meramente a causa de su pertenencia al grupo de las mujeres, y, por lo tanto, la pertenencia a este grupo brinda justificación suficiente para estar habilitadas a la compensación. La discriminación de

género ha sido y todavía es, una cuestión no de individuos sino de las mujeres como grupo.

En el orden político y social, el género nunca ha sido una característica irrelevante. Sugerir lo contrario implica negar una realidad social histórica de jerarquía y subordinación. Dado que la pertenencia al grupo de las mujeres ha sido un motivo relevante a los efectos de la discriminación, entonces debe ser una causa relevante a los efectos de su reparación. Negar los daños colectivos de esta discriminación significa ignorar que la discriminación de género ha sido desplegada sistemáticamente y dirigida al grupo de las mujeres por entero. Debido a que la discriminación ha sido focalizada en las mujeres como grupo y no como individuos, la justicia compensatoria es debida a las mujeres como grupo.

La percepción social de la inferioridad de las mujeres ha sido sufrida por todas y cada una de las mujeres, independientemente de cuan prestigiosa ella pueda ser. De este modo, las mujeres han sufrido una estigmatización directa e injurias directas a su propia imagen. Todos los miembros del grupo han sufrido discriminación porque la discriminación las envuelve a todas y, por lo tanto, la compensación requerida para repararla también debe aplicarse a todas y a cada una de las mujeres.

El hecho de que algunas mujeres hayan recibido una educación adecuada y no hayan sufrido directamente los obstáculos legales no significa necesariamente que ellas no han sufrido discriminación. La mera posibilidad de recibir una educación adecuada y quizás buenos trabajos y no haber sufrido impedimentos legales no elimina sus derechos a justicia distributiva. En segundo lugar, la correlación entre género y la desigualdad relativa de oportunidades es lo suficientemente alta como para justificar la adopción de programas de acciones positivas en términos de grupo. Kupperman critica la noción de que la justicia está fundamentalmente relacionada con decisiones

entre individuos. Este autor considera que quienes mantienen esta presunción están equivocados en su comprensión de la justicia dado que no es posible que una persona sea tratada igualitariamente sin considerar el tratamiento que la sociedad depara al grupo al que aquella persona pertenece.

Si la segregación obstaculiza las chances de alguien, entonces existe causas para decir que un tratamiento justo demanda no solo una justa consideración para el individuo sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para mayores éxitos, y esto puede a su vez demandar una consideración especial para un grupo (tal como el de mujeres o negros)³⁸⁵.

Thomson también trata el argumento de que muchos de los que tiene derecho al beneficio de las acciones positivas no han sufrido directamente discriminación. Ella contesta que aún aquellos que no fueron ellos mismos denigrados por ser negros o mujeres han sufrido las consecuencias de la denigración de otros negros y mujeres la falta de autoconfianza y la falta de autorespeto. Allí donde la comunidad ha aceptado que el hecho de que una persona sea negra o mujer son motivos adecuados para negar a tal persona una pertenencia plena a tal comunidad, apenas podría suponerse que nadie salvo los más extraordinarios negros o mujeres han escapado la autodesconfianza.³⁸⁶

Los efectos de los programas de acciones positivas tales como el sistema de cuotas no son tan extendidos o sistemáticos como la discriminación tradicional contra las mujeres lo ha sido. En realidad, la incorporación de un treinta por ciento de mujeres en las listas de los partidos políticos no puede ser considerada siquiera como una modificación real en la estructura de poder

³⁸⁵ Ver Kuppennan, op. cit.

³⁸⁶ Ver Thomson, Judith Jarvis. "Preferential Hiring", en *Equality and Preferential Treatment*. Cohen, Nagel y Scalon, editores. Princeton University Press, Princeton.

político y social. Los varones como grupo continúan teniendo el control de todos los resortes de las instituciones políticas, el poder económico y el acceso a los privilegios sociales.

La subordinación de género ha sido centrada en la pertenencia a un grupo mientras que los efectos del sistema de cuotas para los varones se dirige a los individuos. Considerando los resultados de los programas de acciones positivas en el nivel grupal en lugar que en el individual, el argumento de la discriminación inversa puede ser descartado. El sistema de cuotas no es discriminatorio hacia los varones porque, desde una perspectiva de grupo, las acciones positivas son simplemente un mecanismo corrector.

A los efectos de fundamentar su reclamo respecto de que los sistemas de acciones positivas los están privando de determinadas posiciones, los varones deberían probar primero que estas posiciones les pertenecen. Cuando los oponentes del sistema de cuotas alegan que éste priva a los varones de lo que en derecho les corresponde, hay una presunción subyacente que se basa en el argumento tradicional del mérito y la competencia. La queja de que los varones están siendo privados de posiciones presume que existe un patrón tradicional implícito en la asignación de bienes sociales, recursos y posiciones. Sobre esta base los oponentes del sistema de cuota observan que este programa injustamente discrimina contra los individuos más calificados. Thomson³⁸⁷ responde que un varón blanco solo tiene derecho de igualdad de oportunidades por las posiciones por las cuales compite. La comunidad es responsable por la distribución de trabajos y posiciones y podría limitar el derecho de los varones a la igualdad de oportunidades a los efectos de lograr mejores beneficios. Esta autora considera que compensar a aquellos que han sufrido daños pasados es imperativo y garantiza mayores beneficios.

³⁸⁷ Ver idem.

Dado que la comunidad ha discriminado a las mujeres en el pasado, les debe compensación y los programas de acciones positivas son los instrumentos adecuados para lograr tal compensación. Es inconcebible que se argumente que el sistema de cuotas viola la igualdad de oportunidades de los varones cuando este tratamiento igualitario ha sido negado históricamente a las mujeres. Si, como resultado de una discriminación sistemática y de desventajas de muy variada índole, las mujeres han sido privadas del mismo potencial para el éxito que los varones y esas mismas posiciones, la igualdad inicial no ha existido.

Algunas mujeres individualmente podrán ser capaces de superar tales barreras, pero el grupo de mujeres en su conjunto o no. Basar la distribución en términos abstractos de mérito es justo si quienes compiten han tenido igualdad de oportunidades para desarrollar sus potencialidades. Un sistema social que está construido sobre la base de la ilusión de la igualdad de oportunidades sólo refuerza la desigualdad vigente. Si la desigualdad de oportunidades ha sido la norma social, es imposible justificar el principio del mérito independientemente del contexto social. Otro argumento en contra de los programas de acciones positivas relacionados con los examinados previamente es aquel que sostiene que estos programas pueden hacer recaer cargas en personas inocentes. Es legítimo imponer deberes personales de compensación a cualquiera que haya sido culpable de discriminación. Pero podría ser cuestionable el hecho de que todos los varones se hayan visto personalmente involucrados en la discriminación. La pregunta entonces es quién debe "pagar" por las injusticias presentes y pasadas.

Una forma de justificar la imposición de un deber de compensación en tales individuos inocentes podría recaer en la teoría de responsabilidad de

grupo o culpa colectiva. Goldman³⁸⁸ observa que la discriminación no justifica la imposición de responsabilidad colectiva. Este autor sostiene que los varones blancos pueden ser culpables de racismo y sexismo pero que no existe una cohesión suficiente en el grupo como para legitimar la imposición de responsabilidad colectiva dado que la conducta discriminatoria ha sido realizada por varios pero no todos los del grupo. Goldman considera que la compensación es tanto debida como imputable a individuos. Más aún, algunos oponentes de las acciones positivas argumentan que si estos individuos que no han realizado discriminación son "penalizados" por daños que ellos no han causado, esto implicaría establecer un círculo de discriminación por el cual ellos también merecerían a su vez compensación.

Sin embargo se podría replicar que aun cuando puede admitirse que no todos estos individuos han sido directamente culpables de actos de discriminación, ellos han aceptado y aprovechado los beneficios de una sociedad que sí ha discriminado. Ellos han tenido las vetadas de contar con una mejor educación, no han tenido que superar impedimentos sociales y económicos por razones de sexo y han pertenecido al grupo privilegiado en cuando los modelos de roles en las mejores posiciones. Si los varones no se hubieran beneficiado con estos hechos las mujeres podrían haber desarrollado sus potencialidades en iguales o superiores niveles. Los candidatos varones pueden no haber cometido discriminación en forma directa pero seguramente se han beneficiado con las consecuencias de tal discriminación como puede ser la eliminación de mujeres como competidoras en el pasado y la poca experiencia que las mujeres tienen ahora como resultado de la discriminación pasada. Los varones han recibido una educación y un entrenamiento que ha inspirado en ellos actitudes y cualidades así como conocimientos y habilidades que los proveen de mejores herramientas para superar a las mujeres en aquellas actividades que por haber sido ejercidas casi exclusivamente por

³⁸⁸ Ver Goldman, op cit.

varones privilegian la posesión de estas características. Particularmente, los varones han crecido con la confianza de que ellos son plenamente aceptados como miembros respetados de la sociedad, cuyos derechos están plenamente reconocidos. La ventaja de recibir tales privilegios es inevitable e irreversible.

Los varones disfrutan de una mayor porción de poder y prestigio y un acceso más fácil a las posiciones más deseables porque el extendido sexismo en la sociedad ha privado sistemáticamente a las mujeres de oportunidades de éxito. Por lo tanto, los varones cuentan con mayores probabilidades de éxito en la competencia política de lo que hubieran contado en ausencia de discriminación contra las mujeres. La única razón por la cual los varones se quejan de que ellos resultan perjudicados por los programas de acción positiva tales como el sistema de cuotas es porque ellos se han beneficiado tanto por los efectos de la discriminación pasada. En realidad, si ellos han sido privados de algo es sólo de la expectativa de una posición que todavía no les pertenece. En otras palabras, si los varones son los beneficiarios de la discriminación, el sistema de cuotas no disminuye sus posibilidades de alcanzar estas posiciones más allá de las probabilidades que ellos hubieran tenido de no haber existido discriminación.

En realidad, la discriminación ha dañado a las mujeres, disminuyendo sus posibilidades de éxito en la competencia política o aun desalentando directamente su participación en tal competencia. Como resultado, las chances de éxito de los varones se han visto incrementadas. Sin embargo, éste no es un derecho a ser protegido por el principio de igualdad. En realidad, si el sistema de cuotas disminuye las posibilidades de éxito de un varón de alcanzar una posición de la misma manera que tales posibilidades de éxito se vieron aumentadas como resultado de la discriminación, no puede alegarse entonces que el sistema ha violado el derecho a la igualdad de oportunidades de los varones.

Otro argumento en contra de los programas de acciones positivas es el pretendido refuerzo de los estereotipos negativos. En este sentido, los oponentes de estos mecanismos afirman que quienes reciben los beneficios de los sistemas de acción positiva tendrán que enfrentar la sospecha respecto a no ser realmente capaces de adquirir tales posiciones por sus propios méritos y a sus habilidades para manejar sus responsabilidades adecuadamente. Ellos también afirman que de este modo, el estereotipo de inferioridad de las mujeres va a ser reforzado.

Sin embargo, podría alegarse que en lugar de estigmatizar a las mujeres, este sistema de cuotas les otorga la oportunidad de demostrar su competencia y que a través de ellas los otros miembros del grupo pueden aumentar su confianza en sí mismas y su autoestima. En realidad, más que reforzar estereotipos negativos, los programas de acciones positivas confrontan daños tales como la pérdida de ambición y de confianza que son las consecuencias de la discriminación sistemática y que son las que perpetúan los estereotipos negativos. Aún cuando admitiéramos que algunos miembros del grupo no han sufrido directamente daños por discriminación, ellas experimentan daños vicarios por la negación de oportunidades a otros miembros del mismo grupo.

Al implementarse el mecanismo de acciones positivas es posible recuperar el respeto propio de todos los miembros del grupo. Un mecanismo tal como el sistema de cuotas crearía imágenes positivas de mujeres que han tenido éxito al superar desventajas históricas. Al ubicar a algunas mujeres en posiciones de autoridad, este sistema promueve la inclusión de género y rompe modelos históricos de segregación y jerarquía entre los sexos.

Otro argumento que ha sido desarrollado contra las acciones positivas es que aquellas personas miembros del grupo que no reciben los beneficios del programa podrían sentir que ellos son privados de posiciones que les

pertenece. Como resultado, se generaría un resentimiento social que produciría una renovada discriminación contra el grupo que recibe los beneficios de las acciones positivas. Sin embargo, de acuerdo con el test de costos y beneficios es necesario demostrar que esta hostilidad contra los/as beneficiarios/as de las acciones positivas supera las ventajas de incrementar las oportunidades de acceso al proceso político y alcanzar posiciones de poder. Dado el hecho de que la discriminación de género es el patrón social y que el sistema de cuotas provee de oportunidades a las mujeres que de otra forma sería extremadamente difícil, sino imposible, obtener para superar esta discriminación, podríamos concluir que ésta clase de programas genera mayores ventajas que las desventajas que las consecuencias hostiles que podría producir.

En atención a lo expuesto, y después de la revisión a la figura jurídica de las Acciones Positivas en el marco de las medidas dirigidas a eliminar las desigualdades existentes contra grupos históricamente discriminados, en este caso la mujer; sobre la base de los siguientes fundamentos: justicia compensatoria, justicia distributiva, utilidad social y desde el punto de vista internacional con los instrumentos jurídicos más relevantes en materia de los derechos humanos de las mujeres y, especialmente, en materia de violencia contra las mujeres como lo son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belem De Pará) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), conjuntamente con la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993). En la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en 1995,

Por tanto, el estado venezolano alineado con los tratados y convenciones internacionales crea la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que tiene como característica principal

su carácter orgánico con la finalidad de que sus disposiciones prevalezcan sobre otras leyes, ya que desarrolla principios constitucionales en materia de derechos humanos de las mujeres y recoge los tratados internacionales.

La presente Ley en el artículos 43 y siguientes sanciona las transgresiones de naturaleza sexual, consideradas un atentado aberrante contra la dignidad, integridad física y libertad sexual de la mujer. La violación, violación agravada, el acto carnal violento, los actos lascivos y el acoso sexual, constituyen modalidades tradicionales que ya se encontraban previstas en la legislación penal, consistiendo la novedad en concentrar en la Ley Especial, su investigación, enjuiciamiento y sanción.

Dentro de la categoría de delitos sexuales se incluyen dos tipos penales: Prostitución Forzada y Esclavitud Sexual, también lesivos del derecho a la libertad sexual, que constituyen tratos degradantes, anulando o limitando a su mínima expresión la libertad de autodeterminación y libre desenvolvimiento de la mujer, cuya comisión comporta para el autor, el procurarse u obtener beneficios económicos o de otra índole para sí mismo o para un tercero.

9. Principales tipos de violencia como delitos prescriptibles

En referencia a las modalidades de Violencia Sexual, tipificadas y sancionadas en la Ley Orgánica Sobre el Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014) y la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña

y Adolescente y sobre la base del análisis realizado se presentan los principales tipos de violencia como delitos prescriptibles

Tabla 2. Los principales tipos de violencia como delitos prescriptibles

TIPO DE VIOLENCIA SEXUAL		PENA A IMPONER	PRESCRIPCION (Art. 108 Código Penal Venezolano)
1	Violación o Violencia Sexual	Diez (10) a quince (15) años de prision	Quince (15) años.
2	Violencia Sexual, ejecutada en en perjuicio de una niña o adolescente.	Quince (15) a veinte (20) años de prisión.	Quince (15) años.
3	Acto Carnal con Víctima Especialmente Vulnerable en perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años.	Quince (15) a veinte (20) años de prisión.	Quince (15) años.
4	Acto Carnal con Víctima Especialmente Vulnerable, cuando el autor se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco con la víctima, cuya edad sea inferior a los dieciséis años	Quince (15) a veinte (20) años de prisión.	Quince (15) años.
5	Acto Carnal con Víctima Especialmente Vulnerable, encuentre detenida o condenada y haya sido confiada a la custodia del agresor.	QUINCE (15) A VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN.	Quince (15) años.
6	Acto Carnal con Víctima Especialmente Vulnerable, cuando se tratare de una víctima con discapacidad física o mental o haya sido privada de la capacidad de discernir por el suministro de fármacos o sustancias psicotrópicas.	QUINCE (15) A VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN.	Quince (15) años.

8	Actos Lascivos.	UNO (01) A CINCO (05) AÑOS	Tres (03) años
9	Actos Lascivos Agravado. (ejecutado en contra de niña o adolescente)	UNO (01) A SEIS (06) AÑOS DE PRISION	Cinco (05) años
10	Abuso Sexual a Niña o Adolescente, sin penetración.	DOS (02) A SEIS (06) AÑOS DE PRISION	Cinco (05) años
11	Abuso Sexual a Niña o Adolescente, con penetración.	QUINCE (15) A VEINTE (20) AÑOS DE PRISION.	Quince (15) años.
12	Prostitución Forzada	DIEZ (10) A QUINCE (15) AÑOS DE PRISION	Quince (15) años.
13	Esclavitud Sexual	QUINCE (15) A VEINTE (20) AÑOS DE PRISION.	Quince (15) años.
14	Acoso Sexual	UNO (01) A TRES (03) AÑOS DE PRISION	Tres (03) años
15	Esterilidad Forzada	DOS (02) A CINCO (05) AÑOS DE PRISION	Cinco (05) años
16	Trata de Mujeres, Niñas y Adolescente, con fines de explotación sexual o prostitución.	QUINCE (15) A VEINTE (20) AÑOS DE PRISION.	Quince (15) años.

Conforme a la penalidad establecida, el Código Penal Venezolano, establece el tiempo de prescripción, vale decir, el tiempo que el Estado Venezolano, tiene para intentar la acción penal en contra de los presuntos autores y cómplices de éste tipo de acción delictiva, para ello tal como se evidencia ese tiempo en

ningunos de los casos supera la pena de QUINCE (15) AÑOS, para cuyo calculo el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Artículo 108. Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

1. Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años.
2. Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años sin exceder de diez.
3. Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos.
4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.
5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del espacio geográfico de la República.
6. Por un año, si el hecho punible sólo acarrear arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.
7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarrear pena de multa inferior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o arresto de menos de un mes”.

De la norma antes transcrita, se observa que a los fines del cálculo de la prescripción, se toma como base la pena de prisión que mereciere el delito. Siendo así tenemos que los tipos penales citados en el cuadro en análisis, establece dos penalidad, lo cual constituye un límite mínimo y un límite máximo, por lo que la pena que mereciere el delito, se obtiene de la suma de los dos limite dividió entre dos (02), obteniendo como resultado el término medio, ello es así conforme a las previsiones del artículo 37 del Código Penal, el cual establece:

“Artículo 37. Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad...”

En consecuencia, a modo ilustrativo, para el caso del delito de Violencia Sexual, previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley Orgánica Sobre el Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se establece:

“Artículo 43. Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años”.

La penalidad correspondiente para este tipo penal, oscila de los diez (10) años a los quince (15) años de prisión, por lo que se procede a la suma (10+15), dando un resultado de veinticinco (25) años, cuya mitad, (25/2), resulta ser doce (12) años y seis (06) meses.

En virtud de ello, la pena que mereciere el delito de Violencia Sexual, es de doce (12) años y seis (06) meses, vale decir, excede de diez años.

En éste mismo orden de ideas, el artículo 109 del Código Penal, establece lo siguiente:

“Comenzará la prescripción: para los hechos punibles consumados, desde el día de la perpetración; para las infracciones intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones

continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho”.

En este sentido, comenzará a computarse la prescripción ordinaria de la acción penal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del Código Penal, aplicable a los hechos punibles consumados (como en el presente caso), desde el día de la presunta perpetración.

En tal sentido, la prescriptibilidad del delito de Violencia Sexual, se adecua en el artículo 108 ordinal 1 del Código Penal Venezolano, por lo que en consecuencia el Estado Venezolano tiene la titularidad para ejercer la acción penal en contra del culpable por un tiempo que no podrá superar los quince (15) años de prisión.

En tanto, que los daños de la víctima superan éste tiempo, proyectándose a lo largo de su vida, por lo que es desproporcional que ante ésta realidad el Estado establezca límites a su poder estatal de imponer una pena a la persona acusada, es decir al *ius puniendi*³⁸⁹, a través de la prescripción de acciones penales, basado en el principio *pro reo*, el cual toma supremacía frente a la víctima.

Respecto a la prescripción de la acción penal, el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante pronunciamiento

³⁸⁹ CUENCA MEDINA, Arnel. Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19, 2007, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México. “*El derecho de castigar del Estado o ius puniendi, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades*”. pp. 88,

emanado de la Sala de Casación Penal, en Sentencia N° 251 del 6 de junio de 2006, indicó lo siguiente:

“... La prescripción es una limitación al ius Puniendi del Estado para la persecución y castigo de los delitos. Dicha limitación ocurre por el transcurrir del tiempo y la inacción de los órganos jurisdiccionales. Por tal motivo, el Código Penal dispone en el artículo 108 eiusdem, los presupuestos que motivan la prescripción ordinaria.

La doctrina penal especializada, ha precisado dos circunstancias para el establecimiento de la prescripción: la primera de ellas referida al tiempo y a la falta de acción de los órganos jurisdiccionales sobre una determinada causa (prescripción ordinaria); mientras que la otra, referida al transcurso del juicio, cuando sin culpa del imputado se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo (prescripción judicial)...”.

10. Propuesta para una reforma de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, perspectiva: la violencia sexual como un delito imprescriptible.

La génesis de la norma así como su transformación han sido estudiadas más desde un ámbito socio-jurídico que propiamente desde una perspectiva

jurídico-penal³⁹⁰. Para quienes el consenso es la base de la elaboración normativa, el derecho penal sería el producto de una integración de expectativas diferentes procedentes de la sociedad. Los padres del funcionalismo, como Durkheim, Parsons y Merton, planteaban que la legitimación de las normas requiere de una consistente correspondencia con las expectativas de comportamiento que son cambiantes, en constante reajuste. Esta posición formula hipótesis procedentes de reglas democráticas vigentes en un estado de derecho. Se supone que existen las posibilidades de un constante intercambio de aspiraciones que conducen a compromisos generalizados. En ese contexto, la contravención, por más significativa que sea, no cuestiona la validez de las normas.

Otra posición es aquella que se basa en el reconocimiento del conflicto, en el entendido que son los grupos sociales, en una dinámica de mutuas coerciones, los que imponen las pautas del orden que se aplicaría al conjunto. Dentro de esta teoría podría incluirse la imposición proveniente del propio Estado, como generador y legitimador de la norma, sin tomar en consideración opiniones procedentes de la sociedad. La autonomía de las instancias legislativas sería la base del poder estatal para la producción de la norma penal, la misma que sufriría un fuerte embate conflictivo en el momento de su aplicación al confrontarse con los intereses en pugna. Para los grupos del movimiento de mujeres ha sido fundamental entender y ubicarse en estas dinámicas. Todo parece indicar que los logros mayores se consiguen en la medida en que, luego de presentar propuestas técnicamente bien sustentadas, se garantice el acceso a las comisiones técnicas que, tienen a su cargo, en medio de un complejo juego de representaciones políticas, la formulación de las normas para presentarlas a

³⁹⁰ Bustos Ramirez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel, Barcelona, España, 1984.

las instancias decisorias³⁹¹. Ha sido relevante entender que la génesis y legitimación de las normas penales implican un complejo entramado social y político. Mientras más afianzamos los canales democráticos, más abierta será la textura de posibilidades de transformación serán significativas.

PRESENTACIÓN

Las reformas en el ámbito penal no son suficientes para corregir las desigualdades que generan resultados discriminatorios a las víctimas de

³⁹¹ Las experiencias de trámite y aprobación de las leyes referida a la violencia intrafamiliar de la mujer en Puerto Rico (1989), Perú (1993), Chile (1994), Argentina (1994) y Ecuador (1995) muestran las diversas estrategias que dieron como resultado un avance legítimo para enfrentar la violencia contra la mujer y en el ámbito privado y familiar. También puede hacerse las mismas observaciones en las negociaciones internacionales para la aprobación de declaraciones y convenciones favorables a las mujeres, como es el reciente caso de la aprobación por unanimidad en la OEA de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará, junio de 1994)

violencia sexual. Se requiere de formación continua para lograr una interpretación jurídica, con argumentaciones y afirmaciones jurídicas, que analicen el fenómeno de la violencia sexual desde una perspectiva que brinde la protección que las mujeres y niñas necesitan. Porque continúa la desprotección de las víctimas de violencia, producto de la aplicación indebida de las normas penales especializadas que sancionan la violencia contra la mujer. Lo que refleja desconocimiento de las necesidades de las mujeres, producto de la cultura y actitudes machistas que conduce a la indefensión de las mujeres víctimas de violencia.

Por tanto, evitar procesos judiciales revictimizantes, superar la aplicación inadecuada e incoherente de las leyes que regulan los delitos contra la vida, libertad sexual e integridad física y psíquica de las mujeres es un compromiso del Poder Judicial.

Objetivo General:

Instar ante la Asamblea Nacional la reforma de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, perspectiva: la violencia sexual como un delito imprescriptible

Objetivo específicos:

1. Elaborar e incluir en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia un artículo que declare la violencia sexual como un delito imprescriptible.

2. Elaborar un plan de atención integral a las mujeres víctimas de violencia sexual.

FUNDAMENTO:

Se fundamenta en un esquema legal y conceptual, los componentes son:

- La legislación y tratados internacionales.
- La legislación venezolana en materia de delitos sexuales contemplados la Ley Orgánica sobre el derecho de las Mujeres a una vida libre de Violencia y la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
- Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud (2002), consecuencias físicas, psicológicas y emocional de las víctimas.

Así mismo, la propuesta tiene como base La Dignidad Humana “*esa capacidad que tiene el ser humano de pensar, sentir y decidir (pensamiento, emociones y voluntad) que Dios transfirió al hombre y la mujer*” y definida por la Declaración Universal de Derechos Humanos como inviolable, y debe de ser respetada y protegida.

10.1 REFORMA

Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. **Capítulo VI DE LOS DELITOS.**

Se propone incluir un nuevo artículo que pasaría a ser el artículo 61, en la forma siguiente:

Imprescriptibilidad

Artículo 61. No prescribe la acción penal de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres y niñas, cuya competencia esté atribuida a los Tribunales Especializados en delitos de Violencia contra la Mujer

10.2. PROCEDIMIENTO A SEGUIR A LOS FINES DE PRESENTAR PROPUESTA ANTE LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

Conforme al artículo 218³⁹² de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es competencia de la Asamblea Nacional, reformar total o parcialmente las leyes, por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional, la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes, los y las integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres, Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales, Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran, Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral, A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro civil y electoral, Consejo Legislativo, cuando se trate de leyes relativas a los Estados³⁹³.

En tal sentido, la propuesta se presentará ante la Comisión Nacional de Justicia de Género del Poder Judicial³⁹⁴, a los fines que en ejercicio de la

³⁹² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 218. Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

³⁹³ Artículo 204 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

³⁹⁴ "...con el propósito de ampliar y hacer efectiva las políticas públicas que permitan el acceso de las mujeres a un sistema de justicia de género adaptado a las necesidades y realidad social del país, el 28 de abril de 2010, la Sala Plena de este Máximo Tribunal creó la **Comisión Nacional de Justicia de Género del Poder Judicial**. Esta Comisión tiene como propósito garantizar la igualdad y la no discriminación de la mujer, utilizando como herramientas fundamentales la "Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia" y los Tratados Internacionales suscritos por la República en materia de género: Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de BELEM DO PARÁ), para ampliar y hacer efectivas las políticas públicas que permitan el acceso de las mujeres a un sistema

atribución que el artículo 204 ordinal 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le concede al Tribunal Supremo de Justicia proponga ante la Asamblea Nacional reforma parcial de la Ley Orgánica sobre el derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 29 y 271, establece de manera genérica, cuáles figuras punibles son de acción penal imprescriptible. De igual forma, del texto de estas disposiciones se desprende que el Constituyente sólo perfiló algunas de las conductas delictivas respecto de las cuales, por ser susceptibles de ser encuadradas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por su comisión, así como la sanción penal a dichos partícipes.

Así es el caso de los delitos de violencia sexual por ser una modalidad de la violencia contra la mujer, toda vez que tales especies delictivas, al ocasionar un profundo daño a la dignidad humana de la persona – y un perjuicio – a la salud pública, y por ende a la familia y a la sociedad, son considerados como delitos contra los derechos humanos, lo cual hace necesario una reforma parcial de la Ley Especial, que establezca que en estos tipos delictivos no hay límites para el *ius puniendi* del Estado, representando una manifestación firme de no tolerancia a la impunidad, ni mantenimiento de legislaciones que conlleven a perpetuar la violencia contra la mujer en nuestra sociedad.

de justicia de género adaptado a las necesidades y a la realidad social del país..."
Portal del Tribunal Supremo de Justicia. Red Justicia Mujer. Comisión Nacional de Justicia de Género. Historia de la Comisión.

11. PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Una mujer violentada física o psicológicamente carece de libertad para hablar o actuar. Golden y Frank, 1994

Atención integral a las mujeres víctimas de delito sexual

De acuerdo con el informe de ONU MUJERES (2011:50) “...Las mujeres están más dispuesta a denunciar un robo que una agresión sexual...”, como consecuencia de todo el estigma que significa ser víctima de delitos sexuales, por esta razón, cuando se tenga conocimiento de la comisión de un delito sexual, la víctima debe ser atendida integralmente, precisamente para abordar este punto, es necesario entender por víctima directa en el derecho penal, las personas que han sufrido delito, contra quien se hay cometido un delito, en este sentido, en el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal se considera víctima “... la persona directamente ofendida por el delito...”, lo que conducirá afirmar que las mujeres víctimas de violencia sexual son aquellas que han sufrido daños, perjuicios como consecuencia de haberse cometido en su contra un delito sexual.

En los últimos años se ha avanzado en materia de victimología comprendiéndose la importancia que tiene la víctima en el proceso penal, donde tradicionalmente había sido relegada porque una tendencia en el derecho penal es enfocarse en el autor o autora del delito, dejando de lado a las víctimas, lo que ha generado consecuencias, dentro de las

cuales se destaca la revictimización, al ser maltratada por los funcionarios y funcionarias que laboran en el Sistema de Administración de Justicia Penal, como consecuencia de estereotipos, prejuicios existentes.

La forma como se debe abordar a las mujeres víctimas de delitos sexuales es importante para la obtención de la verdad, según el curso de Atención Integral a víctimas de la Universidad Complutense de Madrid, donde se destaca la importancia que tiene la forma como se aborda a las víctimas de delitos sexuales para obtener una descripción detallada y precisa de los hechos, así como enfrentarse a todo lo que implica un procedimiento penal.

En relación con las implicaciones un plan de actuación diseñado para atender integralmente a las mujeres víctimas de delitos sexuales, debe comprender las siguientes acciones:

1. **Atención bio-psico-social:** etapa a cargo de profesionales de la medicina, psicólogos y trabajadores sociales.
 - 1.1. **Atención inmediata** (primeras horas hasta el primer mes).
 - Asistencia médica de emergencia.
 - Contención de crisis inicial.
 - Animar a las víctimas hablar sobre la situación, sin presionarla, haciéndole saber que no está sola, que se le cree y se confía en ella, en caso que decida hablar felicitarla por contar lo ocurrido explicándole que sirve como un desahogo emocional.
 - Preguntarle a la mujer víctima por sus necesidades y expectativas.
 - Dar regulación emocional, ayudándola en la expresión de sus emociones, disminuyendo los sentimientos de irritabilidad, culpabilidad y vergüenza, estando alerta a las señales emocionales y no ir más lejos de lo que se puede en cada

momento (graduación y flexibilidad), estabilizándola emocionalmente.

- Reforzar la autoestima.
- Hacerle ver sus posibilidades de actuación para afrontar eficazmente el acontecimiento traumático, dotándola de habilidades que lo faciliten, incentivando la toma de decisiones, para lo cual es necesario informarla y ayudarla en la consideración de alternativas y sus posibles repercusiones, como por ejemplo interponer o no la denuncia.
- Disminución de la ansiedad asociada a las vivencias traumáticas y a la expectativa e impacto del proceso judicial.
- Trasladar e ingresar a la víctima en caso de ser necesario en un albergue temporal para víctimas de delitos de violencia contra las mujeres, donde se les proporcione alojamiento, comida, reforzando la sensación de seguridad.

1.2. **Atención a mediano plazo** (del segundo mes al sexto mes).

- Reexperimentar la situación traumática con exposición gradual, ya sea por escrito o de forma oral, siendo recomendable favorecer en todo momento el relato verbal.
- Superación del sentimiento de culpa.
- Abordaje psicosocial del grupo familiar
- Reagrupamiento familiar y social, recuperando el contacto con la familia y la red social.
- Dotar de habilidades para establecer nuevos contactos sociales, favoreciendo una mejor integración en los nuevos contextos educativos, residenciales y laborales.
- Propiciar los cuidados afectivos y la importancia de un abrazo.

- Preparación psicológica para el juicio, a través del rol playing, indicándole quienes estarán presentes en el juicio, en qué lugares, las preguntas que se le pueden hacer.
- 1.3. **Atención a largo plazo** (del séptimo mes al décimo segundo mes).
- Entrenamiento específico para la búsqueda de empleo.
 - Otorgamiento de una vivienda permanente.
- 1.4. Atención jurídica: etapa a cargo de profesionales del derecho (abogados (a)).
- Inmediatamente (atención urgencia) se traslada a la víctima a la fiscalía especial para delitos de violencia contra las mujeres.
 - Designación de una abogada para asesoría y acompañamiento legal gratuito desde el inicio del proceso hasta finalizar las actuaciones penales, civiles, y administrativas que deriven en virtud del daño.
 - El inicio de la acción judicial (penal) comienza con la denuncia que se presenta ante la Fiscalía Especial para Delitos de violencia contra las mujeres, al formularse en querrela servirá como testimonio que podrá ser utilizada en las distintas etapas del proceso judicial evitando así la revictimización.
 - El Ministerio Público solicitará al juez o jueza la reparación del daño ocasionado a la ofendida.
 - Suministrar a la víctima información del status en que se encuentra el proceso penal, de los resultados que se han obtenido en la investigación.
 - Facilitar el acceso a los servicios de asistencia antes, durante y después del proceso.

A los fines de garantizar una efectiva atención integral a las mujeres víctimas de delitos sexuales es necesario tener en cuenta las necesidades de las víctimas, en este sentido, Ferrer, M. (2011, p.324) señala acertadamente que *“...las necesidades de las victimas pueden ser distintas y la sociedad tiene que tener muy en cuenta esto... no tendrá las mismas necesidades una mujer que ha sido violada por el esposo, que una mujer que ha sido violada por una autoridad...”* a esto le agregaría, que no tiene la misma necesidad una mujer que ha sido violada a una mujer que ha sido acosada sexualmente³⁹⁵.

³⁹⁵ Ferrer, M (2011). Violencia sexual. Revista de Ciencias Penales. Delitos sexuales.

Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual

Este Plan de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual es una invitación a pensar los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, en el marco de nuestra sociedad en el entorno familiar, laboral, universitario y en los colegios, como constitutivos de un atentado a la dignidad humana.

Esta propuesta que desafía a la impunidad que cubre a estos delitos y la banalización social que hoy enfrentan. Es un reto que plantea reconocer la gravedad de la violencia sexual y por tanto, la atención integral e intervención que requieren las víctimas. Se ha construido a partir de la realidad penal venezolana, prevista en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014)

El Plan, nace desde el estudio de la presente tesis de grado **“La Violencia Sexual como un atentado contra la Dignidad de la Mujer”**. Para la ejecución de este plan se utilizó como caso piloto en la 1era fase a los doscientos cincuenta y tres (253) casos atendidos por el CIRCUITO JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. PUERTO ORDAZ ESTADO BOLIVAR, en el último trimestre del año 2014.

El Plan de Atención está constituido por cinco (05) fases en las que se intervendrá con acciones específicas:

Fase 1. Intervención

Fase 2. Salud

Fase 3. Fortalecimiento y capacitación

Fase 4. Recursos sociales

Fase 5. Sensibilización y Prevención

Tabla 3. PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. INTERVENCIÓN

PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL			
FASE 1.	INTERVENCIÓN		
Actividades	Encargado	Tiempo	Responsable
Entrevista ³⁹⁶ : 1. Trabajar la vivencia de crisis. 2. Trabajar sobre la decisión que adopte la mujer. 3. Estimulando su autonomía: El autoconcepto La autoestima El autocontrol La sociabilidad La empatía La asertividad Favoreciendo su empoderamiento (tomar decisiones sobre su vida) 4. El apoyo social: Apoyo emocional: empatía, cariño y confianza. Ayuda o apoyo instrumental: bienes y servicios. 5. Asesoría legal	Psicólogo y Terapeuta Consejero Asesores Coaching	90 días	Circuito Judicial con competencia en delitos de violencia contra la mujer
FASE 2.	SALUD		
Tratamiento y rehabilitación para víctimas y victimarios de violencia hacia la mujer y la familia	Psicólogo Psiquiatra Ginecologo	90 días	Circuito Judicial con competencia en delitos de

³⁹⁶ La entrevista es una herramienta que “permite concienciar, capacitar, evaluar, orientar, informar, reforzar la autoestima, generar participación, modificar comportamientos, a la vez que recolectar datos” Leiswermann y G. de Gómez

			violencia contra la mujer
--	--	--	---------------------------

Tabla 4. PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. FORTALECIMIENTO Y CAPACITACION

PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL			
FASE 3.		FORTALECIMIENTO Y CAPACITACION	
Actividades	Encargado	Tiempo	Responsable
Talleres de capacitación de funcionarios y empleados de organismos encargados de atender mujeres víctimas de violencia, específicamente de las áreas: Salud Desarrollo social Sistema de administración de justicia	Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, comunas y protección social (Art. 21.3 de la LOSDMVLV) Escuela Nacional de la Magistratura (Art. 22 de la LOSDMVLV)	30 días	Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, comunas y protección social. TSJ-Comisión Nacional de Justicia de Genero del Poder Judicial. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM). Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) Ministerio Popular en Materia del Interior, Justicia y Paz

Tabla 5. PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. RECURSOS SOCIALES

FASE 4	RECURSOS SOCIALES		
Actividades	Encargado	Tiempo	Responsable
<p>Promoción para la creación de unidades de atención y tratamiento de hechos violentos contra la mujer y la familia. Art 4.3 Ley Orgánica sobre los Derechos a las Mujeres a una Vida libre de Violencia.</p>	<p>Órganos de seguridad ciudadana, las y los jueces, los y las fiscales, servicios sanitarios y la defensoría nacional de los derechos de la mujer. (Art 4.4 de la LOSDMVLV).</p>	<p>180 días</p>	<p>Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la igualdad de Género: Instituto Nacional de la Mujer (INAMUJER) Banco de Desarrollo de Mujer. (BANMUJER). Fundación Misión Madres del Barrio Josefa Joaquina Sánchez. Defensoría Nacional de la Mujer. (Art 4.6 LOSDMVLV). TSJ-Comisión Nacional de Justicia de Genero del Poder Judicial. Ministerio Público</p>

Tabla 6. PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. SENSIBILIZACIÓN Y PREVENCIÓN

PLAN DE ATENCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL				
FASE 5.		SENSIBILIZACIÓN Y PREVENCIÓN		
Actividades		Encargado	Tiempo	Responsable
Materiales educativos dirigidos a la prevención e información sobre la Violencia contra la mujer y la familia.		Ministerio del Poder Popular para la educación y Ministerio del Poder Popular para la educación Universitaria.	30 días	Ministerio del Poder Popular para la educación y Ministerio del Poder Popular para la educación Universitaria. Circuito Judicial con competencia en materia de violencia contra la mujer. Defensoría del pueblo
Ofrecimiento y ejecución de charlas y talleres al sector empresarial, colegios y universidades		Circuito Judicial con competencia en materia de violencia contra la mujer. Defensoría del pueblo		

OBSERVACIONES:

SEGUIMIENTO:

Intensivo: mínimo de cuatro entrevistas/contactos mensuales (una entrevista por semana). Es propio de Situación de crisis que obliga a una intervención inmediata. Necesidad de tratamiento urgente por existir una fecha límite determinada (embarazo, entre otros)

Semi-intensivo: se mantienen entrevistas o se realizan gestiones de apoyo y seguimiento una vez al mes como máximo. Se da en las circunstancias siguientes: Mujeres que habiendo pasado por una atención intensiva necesitan mantener contacto con la o el profesional de los servicios sociales para evitar retrocesos y consolidar objetivos.

Seguimiento necesario preventivo. Mantenimiento: una entrevista o gestión cada dos meses. Se incluirán en este grupo a las mujeres que han pasado por los seguimientos anteriores.

CONCLUSIONES

La Violencia Sexual, es reconocida en el ámbito internacional y nacional en sus diferentes formas y manifestaciones, en distintos contextos, entornos, circunstancias y relaciones, en todos los estratos sociales en el mundo. Aunado a ello las mujeres y niñas que afrontan múltiples formas de discriminación, son las más expuestas a un mayor riesgo de violencia, estableciéndose para ello condenas enérgicas a éstas formas de violencia contra las mujeres, con mayor énfasis a los abusos sexuales cometidos en contra de adolescentes y las niñas.

En ese mismo orden de ideas, de la lectura de los normativas legales, se evidencian la contundencia desde la comunidad internacional de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, estableciéndose que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, pero que previamente para llegar a esa declaración, fue necesario reconocer que los seres humanos tiene un valor que es intrínseco y supremo, por el solo hecho de nacer libres e iguales en Dignidad.

Los seres humanos tienen una dignidad intrínseca que no depende de su clase social, raza, sexo, ni ninguna otra condición exógena a su naturaleza

humana, comprender esto, es la base para el respeto mutuo e incondicional entre las personas, no sometido a transacción.

Sin embargo, a los fines de el debido respeto a la dignidad humana en gran parte depende de la formación, cosmovisión de la o el juez o del operador del derecho, que comporta un trabajo progresivo a favor de su materialización, por tal motivo la superación de los diferentes retos a favor de los derechos de las mujeres exige la existencia un simple interprete.

Así, el concepto abstracto de dignidad humana no reviste ninguna utilidad para la defensa de los derechos humanos de las mujeres víctima, si el juez o jueza no se atreve a asumir un rol activo con miras a determinar su alcance en líneas prácticas.

Atreverse tiene que ser una actitud, necesaria en quienes tienen participación en las grandes luchas que aun requieren librar las mujeres y que pese al amplio recorrido que el mundo ha tenido para implementar mecanismos jurídicos que permitan castigarlos y erradicar esta modalidad de delitos, día a día continúan siendo víctimas de asaltos sexuales.

Por lo tanto, estas acciones que causan afectaciones físicas y emocionales que trascienden a la vulneración de los derechos humanos atentando contra su libertad, su voluntad y capacidad de decidir, lo que deja a las víctimas en una condición de indefensión y revictimización, lo que requiere una intervención inminente del Estado, dirigida a aplicar políticas judiciales, tendientes a lograr la sanción de las acciones, sin importar el transcurso del tiempo, pues, tan prologando es el tiempo del daño ocasionado a la mujer, como debe ser la obligación del Estado de castigar al agresor, lo cual solo es posible a través del reconocimiento de la Imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos de violencia sexual, por atentar contra la Dignidad Humana de la Mujer.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, N. (1974). *Diccionario de Filosofía*. 2ª Ed. Fondo de Cultura Económica. México.

ARANGUREN, José Luis L.(1991). *De Ética y de Moral, Lo que sabemos de Moral, Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, Círculo de Lectores, Barcelona,

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*.(1989). (Clásicos políticos), quinta edición, traducción de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ARNAUD, André-Jean; y, FARIÑAS DULCE, María José. .(1991). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

ATIENZA, Manuel. (1997). “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo N° XIV. Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, pp. 465-484.

AMORÓS, Ana. (2011). *División sexual del trabajo.*, p.257.

ALVAREZ, Ofelia, LEÓN, Magdymar. (1999). *Violencias contra las Mujeres del Observatorio Venezolano de los DDHH*. Caracas

ALVAREZ, Ofelia, GARCÍA-PRINCE, Evangelina, MUÑOZ, Mercedes, PARENTELLI, Gladys y SALVATIERRA, Isolda. (2001). "*Foro Permanente por la equidad de género. Una agenda mínima de lucha contra la violencia hacia la mujer*". Caracas,

ÁLVAREZ, Ofelia, PARRA María Cristina. (1997). "*Violencia hacia la Mujer. Documento para la Comisión Técnica del Foro Permanente por la Equidad de Género*". Caracas,

ANSUÁTEGUI , Francisco Javier. (1994). "*Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba 'Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)'*", en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 2. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, pp. 657-670.

ANDORNO R. (2001) "*La dignidad humana como noción clave en la declaración Unesco sobre el genoma humano*". *Revista de Derecho y Genoma Humano*.

ANTOLISEI, F, (1988). *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogota.

ARAÚJO GONZÁLEZ, R. y G. DÍAZ LLANES (2000). «*Un enfoque teórico metodológico para el estudio de la violencia*». *Revista Cubana Salud Pública*, vol. 26, no. 2, pp. 91-100.

ANTOLISEI, F. (1988). *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá.

ARAÚJO GONZÁLEZ, R. y G. DÍAZ LLANES (2000). «Un enfoque teórico-metodológico para el estudio de la violencia». *Revista Cubana Salud Pública*, vol. 26, no. 2, pp. 91-100.

ALMOGUERA, Carreres, J. 2005. “*La violencia de género como vulneración de la dignidad humana*”, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas- Dykinson, pp. 47-72.

ÁLVAREZ, ARIEL. (1989). *Manual de Filosofía del derecho*. Editorial Astrea. Primera Edición. Buenos Aires. Argentina.

ANDAZOL, R. (1995). *La Arqueología Forense y su aporte a la Criminalística en el sitio del suceso, tratamiento de cuerpos o restos humanos en el terreno*.

APA (Asociación de Psiquiatría Americana) *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IVTR)*. (2002)

ALMOGUERA, Joaquín. (2005). “*La violencia de género como vulneración de la dignidad humana*”. *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*. Madrid, Dykinson, , p.48.

ALZAMORA, V. (1999). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Editorial Sesator. Octava Edición. Lima, Perú.

BAIZ, Reina. (2011). *Justicia y Género*. Editorial Atenea C.A. Caracas Venezuela.

BARCIA, Luciano. (1975). “*La dignidad de la persona humana en la doctrina de la Iglesia Católica, Análisis de un tópico*”, en: *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas*, volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 441-461.

BASELGA, Eduardo y URQUIJO, Soledad. (1974) *Sociología y violencia*. Ediciones mensajero. Bilbao, pp. 26-28.

BASAVE, Agustín. (1980). “*Hacia una antropología jurídica integral La dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho*”, en: *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Nº 7. Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 229-242.

BALLESTEROS, Jesús. (1992). *Los derechos de los nuevos pobres*, in: *Derechos Humanos*. Jesús Ballesteros editor. Tecnos. Madrid., pp. 137-151,

BELTRÁN, Elena. (1994). “*Público y privado –Sobre feminismos y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político*”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, traducción de Manuel Atienza, Nº 15-16, pp. 389-405.

BERLIN, Isaiah. (1994). “*Dos conceptos de libertad*”, en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, pp. 21-280.

BERTOLINO, Rinaldo. (1999). “*La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre*”, en: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, traducción de Andrea Greppi, Nº 7, Año IV. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 131-139.

Biblia de América. (1999.) traducción íntegra de los textos originales con introducciones, notas y vocabulario bíblico, s/t, aprobada por la Conferencia del Episcopado Mexicano, y autorizada por la Conferencia Episcopal de Colombia y la Conferencia Episcopal de Chile, La Casa de la Biblia, PPC, Sígueme, Verbo Divino, Madrid,

BILLBENY, N. (1990). *Humana dignidad*, Tecno, Madrid, p. 82.

BONILLA, Carlos E. (1996). *La Pericia en la Investigación*. Informe Técnico. Editora Universitaria. Buenos Aires. Argentina.

BLOCH, E. (1980). *Derecho natural y dignidad humana*. Aguilar, Madrid.

BULLÓN, J.(1933) «*Liberación cristiana y dignidad humana*»

BULLÓN, H. (2003)«*Liberación cristiana y dignidad humana*», volumen XXVI

BIBLIA. REINA VALERA CONTEMPORÁNEA (1960), revisión en castellano utilizada en América Latina desde hace más de cuatro siglos. Sociedades Bíblicas Unidas

CASSIRER, E. (1993). Kant. Vida y doctrina, trad. Roces, W., FCE, p. 291.

CASTILLO, J, (2002).*Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta. Jurídica, Lima-Perú

CAUCHY, Modern (1992,.) *Societies and innate violence*. International Social Science Journal, 132. Pp. 209-216, especialmente 209-210.

CARAL, Alejandro. *Caracterización de la violencia sexual desde una perspectiva de género*.

Carta Apostólica. *Mulieris Dignitatem*. (1988). *Dignidad de la Mujer*. Versión castellana de la Poliglota Vaticana. Roma

CATTANEO, M. (2002). *Dignidad Humana*. CEDAM, Milán, p. 19.

CORSI, J. (1994). *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*. Buenos Aires. Editorial Paidó

CORSI, J. (2001). «*Salud y violencia de género*». *Sexología y Sociedad*, año 6, no. 15. (2001). *Violencia y sexualidad*. Editorial Científico-Técnica, La Habana.

COOK, Rebeca.(1990.) “*Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*” *Vand.J. of Transnat*

CUENCA, M, (2007). *Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad IUS*. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, Puebla, México

CONSTANT, Benjamín. .(1989). “*De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*”, en: *Escritos Políticos*, traducción de M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 257-285.

DE AQUINO, Santo Tomás. (1880). *Suma Teológica*, traducida directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R.P. Manuel Mendía, con la colaboración del R. P. Pompilio Díaz, precedida de un prólogo del M. R. P. Ramón Martínez Vigil, Moya y Plaza Editores, Madrid.

DE CASTRO CID, Benito. (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León.

DE KONINCK, Thomas. (2006). *De la dignidad humana*, traducción de María Venegas Grau, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2006.

DE LA MIRÁNDOLA, Pico. (1984). *De la dignidad del hombre*, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro. (Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales), edición, introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid.

DE LOS RÍOS, Fernando. (1976). *El sentido humanista del socialismo*, (Biblioteca de Pensamiento), edición, introducción y notas de Elías Díaz, Editorial Castalia, Madrid.

DE LOS RÍOS, Fernando. Religión y Estado en la España del siglo XVI, Ponencia presentada al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y publicada en el Instituto de las Españas de la Universidad de Columbia, 1927. Esta obra, ampliada, pero a la vez inacabada, fue publicada posteriormente en el Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

DELLA VOLPE, Galvano. Rousseau y Marx. (1969). *Ensayos de crítica materialista*, traducción de E. E. revisada por A. Méndez, Barcelona.

DE LA CUBA, FRANCO. (2003). *La interpretación de la Norma Jurídica*. UNMSM. Lima. Perú.

DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL. 1984. Madrid. Gredos.

DORAL, José A. (1975). "Concepto filosófico y concepto jurídico de persona", en: Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, Volumen II. Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 113-131.

DUMONT, L. (1989). *La civilización india y nosotros*, trad., Rubio-Hernández, R., Alianza, Madrid,

ECHEBURÚA, E., CORRAL, P. y AMOR, P.J. (2005). Estrategias de afrontamiento ante los sentimientos de culpa. Análisis y Modificación de Conducta

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Edad Moderna (1966), traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, Volumen II de la obra general

FERNÁNDEZ, Eusebio "La dignidad de la persona", en: Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 21, Instituto de Derechos Humanos

FERNÁNDEZ, E., (2001). *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

FERNÁNDEZ, E.. (2003). *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid. Tecnos. Fontana.

FERNÁNDEZ, I. (1998). *Prevención de la violencia y resolución de conflictos. El clima escolar como factor de calidad*. Ed. Narcea, MadridFRANCO, Saúl. (1999). La violencia en la sociedad actual. ORCH. Argentina. Peded. p. 199.

FINKIELKRAUT, A. (1998,) *La humanidad perdida*, Anagrama, trad. Th. Kauf, Barcelona, p. 13.

GARIN, E., (1938) "*La Dignitas hominis e la letteratura patristica*", Rinascita. Roma, pp.126- 127.

GARCIA PRINCE, Evangelina. (2008). *Impacto de las leyes de Igualdad en América Latina. El caso de Venezuela*. Observatorio Venezolano de los Derechos de las Mujeres, Caracas

GARCÍA-PRINCE, Evangelina, MUÑOZ, Mercedes y VERDE, Simón (2001). "*Propuestas elaboradas para la Comisión Permanente Familia, Mujer y Juventud de la Asamblea Nacional*". Caracas.

GÓMEZ V. (1995) *La dignidad*. Barcelona: Paidós, España

GONZÁLEZ, F. (1996). *Proyectos especiales. Ideas para su conceptualización*. Investigación y Postgrado.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía, Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

HÄBERLE, P. (1999) *El Estado constitucional*, tad. al castellano de H. Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, p. 170.

HERNÁNDEZ, R. y otros. (1998). *Metodología de la investigación*. México. Mc Graw Hill.

HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M. (1992). *Textos internacionales de derechos humanos I*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, , p. 135.

HERVADA, J. (1993). “*Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*”, *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, , p. 670.

HOFFMAN, Kelly y CENTENO, Miguel Ángel (2004). “*El continente invertido: desigualdades en América Latina*”. En: *Revista Nueva Sociedad*. No. 193 pp. 97- 118. Caracas, Venezuela.

HOERSTER, Norbert. (2000). “*Acerca del significado del principio de la dignidad humana*”, en: *En defensa del positivismo jurídico*, (Serie Cla De Ma, Filosofía del Derecho), traducción de Ernesto Garzón Valdés y revisión de Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona,

IMBERT, Gérard. (1992.) *Los escenarios de la violencia*. Icaria. Barcelona.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). Censo 2011. Venezuela

JAEGER, W. *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, trad. Gaos J., FCE, México, 1997, p. 445.

JÜRGEN, S (2000). “*La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética*”. *Revista de derecho y genoma humano*.

KANT, Immanuel. (2002), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (Humanidades), traducción y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

KANT., I. (2004) *Filosofía de la historia*, trad. FCE, México, pp. 42.

KANT, I.(2003) *El conflicto de las facultades*, (VII, 81), trad., Rodríguez Aramayo, R., Alianza, "Humanidades", Madrid, pp. 153-154.

KILPATRICK, DG, LJ VERONEN y PA RESICK. (1987). "*Las secuelas psicológicas a la violación: Evaluación y estrategias de tratamiento.*" Nueva York

KRIELE, Martín. "*Libertad y dignidad de la persona humana*", en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, traducción de José M. Beneyto, N° 9, 1982, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 39- 46.

KOSS, M. P., GOODMAN, L. BROWNE, A., FITZGERALD, L. ., KEITA, G. y RUSSO, N. P. (1995). *No safe haven. Male violence against women at home, at work, and in the community.* Washington: APA.

KRUG, E.(2002). *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud.* Ginebra: Organización Mundial de la Salud

LEFORT, Claude (1987), *Los derechos del hombre y el estado benefactor*, Vuelta,

LOBATO, Abelardo. (1982). *La dignidad del hombre y los derechos humanos, en "Dignidad de la persona y derechos humanos"*. Universidad Pontificia de Santo Tomas de Manila. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid., p.92

LONDRES, J. PARENT J,(2000). “*La Dignidad del ser humano, presupuesto bioético*”. Revista Medicina y Ética, Médica, vol. XI, No. 1, Roma, 2000,

LORENTE, Miguel y LORENTE, José mencionando a Edwards (1990), *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*. Editorial Comares. Granada, p. 65.

MARTÍNEZ, A, y FERNÁNDEZ Liesa, (2001). *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Madrid, , pp. 102-103.

MARÍAS, Julián. (1970), *Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana*, Revista de Occidente, Madrid.

MARITAIN, Jacques.(1999),*Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, traducción de Alfredo Mendizábal, Ediciones Palabra, Madrid.

Macroencuesta de violencia de género (2011). España

MELLING, J.D. (1987). *Introducción a Platón*, trad. Guzmán Guerra, A., Alianza, Madrid, p. 23.

MOLINER, María. (1984) *Diccionario del uso del español*. Madrid: Gredos

MELENDO, T. y MILLÁN-PUELLES, L. (1996) *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona.

MILLET, Kate. (1969) *Política sexual*, (Feminismos clásicos), traducción de Ana María Bravo García y revisada por Carmen Martínez Gimeno, Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

NINO, Carlos S. (1994) *Derecho, Moral y Política*. Una revisión de la teoría general del Derecho, (Ariel Derecho), Ariel, Barcelona,

NOËLLE, Lenoir, B. Mathieu. (1998) *Les normes internationales de la bioethique*. París:,

PLATÓN. *Las leyes*, (1999). *Clásicos políticos*, tercera edición, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, , dos tomos en un volumen.

PARRA, María Cristina. (2002.) *Violencia de Género y Acceso a la Justicia: un asunto de Derechos Humanos*, Foro por la Equidad de Género, Caracas

PERRONE, Reynaldo y NANNINI Martine. (1997.) *Violencia y Abusos Sexuales en la Familia*. Paidós.

PECES-BARBA, Gregorio.(1963) “*Política: esencia y existencia*”, en: Cuadernos para el Diálogo, Nº 2, noviembre de, p. 6.

PECES-BARBA. (1978). Gregorio “*Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios*”, en: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, Número 15, 1975, Granada, pp. 279-305. Posteriormente publicado en: Libertad, Poder, Socialismo, (Civitas

Monografías), Civitas, Madrid, pp. 241-268. Aquí se cita tal como apareció en esta última obra.

PECES-BARBA, Gregorio. (1986) *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983. Hay una reimpresión de 1986. Este libro incorpora dentro de su contenido otras de las obras del autor (luego de su correspondiente revisión y modificación para conseguir una síntesis armoniosa), como son: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973- 1976); (ii) “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978), donde profundiza básicamente en el rol e importancia del poder; y, (iii) “Socialismo y Libertad” (1975-1978), donde se refiere a los aportes del socialismo a la cultura de los derechos fundamentales. La cuarta edición de 1983, de *Derechos Fundamentales*, es prácticamente una reimpresión de la tercera edición. La tercera edición se sustenta a su vez en una segunda edición del libro original: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*. Por lo menos el primer capítulo de esta segunda edición contiene modificaciones respecto a la primera edición, básicamente referidos a profundizar en la tesis dualista de los derechos fundamentales y el rol del poder como nexo entre la moral y el Derecho. Cuando en este trabajo se hace referencia al libro: *Derechos Fundamentales*, se estará citando su cuarta edición de 1983, reimpressa en 1986.

Introducción a la Filosofía del Derecho, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1983

PECES-BARBA, Gregorio. (1988). “*Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–*”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 215-226.

PECES-BARBA, Gregorio. (1989). “*Los derechos del hombre en 1789 – Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa–*”, en: Anuario de Filosofía del Derecho, N° VI, Madrid, pp. 57-128. Posteriormente publicado en: Derecho y derechos fundamentales, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 21-118.

PECES-BARBA, Gregorio. (1993). “*La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho*”, en: Anuario de Derechos Humanos, N° 6, 1990, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 215-229. Posteriormente publicado en: Derecho y derechos fundamentales, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 263-279.

PECES-BARBA, Gregorio. (2000). “*De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones*”, en: AA.VV. Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, pp. 169-180.

PECES-BARBA, Gregorio. (2000). “*Ética pública y ética privada*”, en: AA.VV. Curso de Teoría del Derecho, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, pp. 83-90.

PECES-BARBA, Gregorio. (2001). “*Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII*”, con la colaboración de Javier Dorado Porras como autor secundario, en: AA.VV. Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo XVIII: El contexto social y cultural de los derechos, Los rasgos generales de evolución, dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de

Asís Roig, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, Tomo II, Volumen I, pp. 3-219.

PECES-BARBA. (2003). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, (2002), segunda edición, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003. Esta segunda edición reproduce prácticamente de manera inalterada el contenido de la primera edición de 2002. Aquí citamos siempre la segunda edición.

PECES-BARBA. (2003). “*Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*”, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba y otros, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, Tomo I, pp. 15-263.

PECES-BARBA. (2005). “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, en: AA. VV. *Desafíos actuales a los derechos humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15-36. El citado artículo reproduce parte del libro del autor: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, con algunas referencias y explicaciones adicionales

PRIETO, Tomás. (2005). *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, (Monografías), Civitas, Madrid.

PÉREZ, L (1997) *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos,

RAMÍREZ, Juan y GRISELDA Uribe. (1993). "*Mujer y violencia: un hecho cotidiano*", Salud pública de México, Cuernavaca, Instituto Nacional de Salud Pública.

RAHNER, Karl. (1961-1969). *Escritos de Teología II*. Madrid: Taurus,

RECASENS, Luis. (2003.) *Filosofía del Derecho*. Porrúa.

RÍOS, F. (1988), *La filosofía política en Platón*. Gredos. p. 5.

RODRÍGUEZ, Victorino.(1982). "*La dignidad del hombre como persona*", en: AA. VV. Dignidad de la persona y derechos humanos. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid.

ROSSELLI, Carlo. (1991). *Socialismo liberal*, 1930, traducción de Mario Merlino, Editorial Pablo Iglesias, Madrid,

ROUSSEAU, Jean-Jacques. (1988). *La Profesión de fe del vicario saboyano*, de Jean-Jacques Rousseau, 1762, (El libro universitario), edición de Ignacio Izuzquiza, versión de Mauro Armiño, Alianza Editorial, Madrid,

TORRALBA Rosello, (2005). *¿Qué es la dignidad humana?* Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram, Engelharthart y John Harris. Barcelona

TORRES, M. (2004). *Familia. El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos*. Madrid: Ariel.

SÁNCHEZ, Remedio. (1995). *La Enseñanza de los Derechos Humanos*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España.

SERNA, P. (1998) “*El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*”, *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, , p. 64.

SERNA, Pedro. (1995). “*La dignidad de la persona como principio del Derecho Público*”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 4, Año II, enero-junio. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 287-306.

SKINNER, B. (1980). *Más allá de la Libertad y la Dignidad*. Editorial Fontanella, S.A. Barcelona, España.

SOLANA, G. Madrid, (2005). *Sobre la violencia*. Alianza Editorial, Nueva York

SOLEDAD, Varela. (1983). *Diccionario Integrado de Sexología*, editorial Alhambra, España,. p. 14.

STONE, I. F. (1988) *El juicio de Sócrates*, trad., Fernández de Castro, M. T., Mondadori, Madrid, p. 47-48.

Spaemann, R., (1998). “*Sobre el concepto de dignidad humana*”, en AA.VV., *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, , p. 105.

SPAEMANN, Robert. (1997) “*¿Es todo ser humano una persona?*”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, traducido por Ezequiel Coquet, Nº 37, 1997, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 9-23.

SZLEZÁK, TH. A., *Leer a Platón*, trad. García Rúa, J. L., Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 39.

SUZANNE, Williams. (1997). Manual de Capacitación en Género de OXFAM. Edición adaptada para América Latina y el Caribe. Lima, Atenea, Tomo I).

TRIGG, Roger. (2001) *Concepciones de la naturaleza humana*, Una introducción histórica, segunda edición, traducción de Guillermo Villaverde, Alianza Editorial, Madrid.

URIBE, Jorge. (1997) "*Violencia Intrafamiliar*"; Ediciones Jurídicas, primera edición; Chile; 23p.

VALENCIA, Hernando. (2003). *Diccionario Espasa: Derechos Humanos*. Editorial Planeta Colombiana S.A.

VAN, Soest, *The global crisis of violence*. (Teoría sobre la violencia de Van Soest, (1997) Common problems, universal causes, shared solutions. Washington, D.C. National Association of Social Workers, p. 13.

VÁLGOMA, M.(2000) *La lucha por la dignidad*. Teoría de la felicidad política, Barcelona, Anagrama,. p. 11.

VELOSO, Paulina, (2009) "*La IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer 2009*", Estudios, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago – Chile. p. 52.

VIANO, Emilio (1987), "*Violencia, victimización y cambio social*", derecho penal y criminología, N° 28, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Ed.

FUENTES JURÍDICAS

DECRETOS, LEYES, CONVENCIONES, INFORMES Y CONFERENCIAS.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS MEDIANTE LA RESOLUCIÓN 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (1993) en su cuadragésimo séptimo período de sesiones, Naciones Unidas.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN. Última reforma 31 de enero de 1991.

CONFERENCIA NACIONAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES (2010). Conclusiones y recomendaciones. Bolivia.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. *Convención Belém do Pará* (1994).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

(1994). Recomendación General XIX: La violencia contra la Mujer.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. (1999).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). *Informe de la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela.*

COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2008). *Informe Hemisférico del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará* (MESECVI).

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS Viena, Austria.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena.

CONFERENCIA MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS. (1993). *Reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos*

CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - ONU Doc. A/34/46

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER – Belém do Pará - Junio 1994

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH) 1948. Asamblea General de las Naciones Unidas

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES. Declaración del 13º Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España.

INFORME DE ONU MUJERES (2011). *Testimonio de una mujer que sobrevivió al Genocidio de Rwanda de 1994*

INFORME DEL ESTUDIO A FONDO SOBRE TODAS LAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER que publicó en julio de 2006,

Informe sobre Violencia Domestica contra las Mujeres y las Niñas. (2000.) UNICEF Innocenti Digest . N. 6.

Informe E/CN.4/2003/75, de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, "Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género. La Violencia Contra la Mujer", de 6 de Enero de 2003.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). (2008) Guía de capacitación de derechos humanos de las mujeres- San José.

Respuesta del Estado venezolano al cuestionario para el análisis de la situación de derechos humanos en Venezuela. 13 de agosto de 2009, páginas 159 y 160.

PNUD- AVESA, Violencia de Género contra las Mujeres, situación en Venezuela. Caracas 1999. 13

Propuestas de Reforma al Código Penal: García Prince Evangelina, Muñoz Mercedes, Parra María Cristina, Sgambatti Sonia, Caracas 2001.

Ley 16 de 1972. No. 33780 del 5 de febrero de 1973. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969"

Ley 51 de 1981. No. 35794 del 7 de julio de 1981. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980.

Ley 248 de 1995. No. 42171 de 29 de diciembre de 1995. Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Ley 360 de 1997. No. 42978 del 11 de febrero de 1997. Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones.

Ley sobre Violencia Doméstica (1999); Argentina

Ley 25.087 de modificación del Código Penal (1999)

Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar (1994); Bahamas

Ley contra Ofensas Sexuales y Violencia Doméstica (1991); Barbados

Ley de Órdenes de Protección sobre Violencia Doméstica (1992)

Ley de Delitos Sexuales (1992); Belice

Ley de Violencia Doméstica (1992); Bolivia

Ley 1674 Contra la Violencia en la Familia o Doméstica (1995)

Ley 2033 de Protección a las Víctimas contra la Libertad Sexual (1999);
modifica el Código Penal sobre delitos de violencia sexual (1997); Brasil

Ley 11.340 sobre la Violencia Doméstica o Intrafamiliar (7 de agosto de
2006); Canadá

Ley 4635 relacionada con la igualdad de oportunidades de los hombres y las
mujeres; a pesar que el código penal no provee para un delito específico de
violencia intrafamiliar, el agresor puede estar sujeto a una variedad de cargos
criminales bajo diferentes tipos penales como el abuso sexual; Chile

Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar (2005); Colombia

Ley 294 para Prevenir, Remediar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar (1996)

Ley 360 de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana (1997)

Ley 575 que modifica parcialmente la Ley 294 (2000); Costa Rica

Ley 7142 de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, capítulo 4, 1990

Ley 7586 contra la violencia doméstica (1996); Dominica

Ley sobre Violencia Doméstica (2001); Ecuador

Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia (1995); El Salvador

Ley 902 contra la Violencia Intrafamiliar (1996); Estados Unidos:

Ley contra la Violencia contra la Mujer (1994); Guatemala

Ley 97-96 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar;
Guyana

Ley sobre Violencia Doméstica (1996); Honduras

Ley para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer
(1997); Jamaica

Ley sobre Violencia Doméstica (1995); México

Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito
Federal (1996); Decreto para reformar el Código Civil y el Código Penal con
referencia a la violencia intrafamiliar y la violación (1997); Nicaragua.

Ley de Reformas y Adiciones al Código Penal de 1996; Panamá: Ley 38 sobre
Violencia Doméstica (2001).

Ley No. 27 sobre Delitos de Violencia (Intrafamiliar y Maltrato de Menores
(1995); Paraguay.

Ley 1600/00 de Violencia Intrafamiliar (2000); Perú.

Ley 26260, que establece la política del Estado y la sociedad frente a la Violencia Familiar 1993); República Dominicana.

Ley 24-97 tipifica los delitos de violencia doméstica, acoso sexual e incesto (1997); San Vicente y las Granadinas: Ley sobre Violencia Doméstica y Procedimientos Matrimoniales (1984) y Ley de Violencia Doméstica (1995)); Santa Lucía

Ley sobre Violencia Doméstica (1995); Trinidad y Tobago.

Ley sobre Violencia Doméstica (1999); Uruguay.

Ley 16707, Ley de Seguridad Ciudadana, que incorpora por primera vez la figura de violencia doméstica y hace varias modificaciones al Código Penal en relación a la violencia (1995).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los órganos creados en virtud de tratados, Ginebra 2007.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Humanos-HR/PUB/06/10/Rev.1- Nueva York y Ginebra 2008

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Preguntas Frecuentes de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo, Ginebra 2006.

OMCT, Procedimientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité Contra la Tortura, Ginebra, 2008.

ONU - Human Rights Resolution 2005/35, E/CN.4/2005/L.48- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2002). Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud. Washington, D.C.

Organización Mundial de la Salud, (2013) “*Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*” Informe

Resolución de la Asamblea General 48, Organización de las Naciones Unidas, 1994. Pág. 105.

Foro Permanente por la Equidad de Género, Informe sobre Venezuela que se presenta al Comité de Seguimiento de la aplicación de la Convención CEDAW, Caracas 2005.

Observatorio Venezolano de los Derechos Humanos de las Mujeres, Síntesis del Informe Alternativo sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Mujeres y aplicación de la Convención CEDAW en Venezuela. Diciembre 2009.

LEGISLACIÓN VENEZOLANA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999). Asamblea Nacional constituyente. Talleres gráficos del Congreso de la República.

LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA (2014). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 40.548.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta Oficial extraordinaria DE LA República Bolivariana de Venezuela N° 6.078, de fecha 12 de junio de 2012.

CÓDIGO PENAL VENEZOLANO, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5768 de fecha 13 de Marzo de 2005.

CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO, Gaceta oficial no. 2,990 extraordinario de 26 de julio de 1982.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1996). Raquel Martín de Mejía vs Perú. Caso 10970, Reporte No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 en 157

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia 29 de Julio de 1988

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aydin Vs. Turquía. (57/1996/676/866) Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala I, *El Fiscal contra Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia*. 2 de septiembre de 1998 [en línea]. Disponible en: <http://www.un.org/icty> [17 de marzo de 2008].

ANEXO I

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

Los Estados Partes en la presente Convención.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo, Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones.

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. adelanto de la mujer, con el

objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 4

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de

hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 6

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

PARTE III

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en

particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente; o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

g) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

h) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

i) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

j) La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada

periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;

a) Participar en todas las actividades comunitarias;

b) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;

c) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

PARTE IV

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados

PARTE V

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada

por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.

3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la Sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados

Partes presentes y votantes.

Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

Artículo 19

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

Artículo 20

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.
2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

Artículo 21

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

Artículo 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en

Artículo 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en caso necesario, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

Artículo 27

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

ANEXO II

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona

CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5. *Derecho a la Integridad Personal*

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
 - a. realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
 - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y el

trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7. *Derecho a la Libertad Personal*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.

En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal

competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. *Garantías Judiciales*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
- 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
- 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su

domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. *Derecho de Rectificación o Respuesta*

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18. *Derecho al Nombre*

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19. *Derechos del Niño*

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. *Derecho a la Nacionalidad*

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21. *Derecho a la Propiedad Privada*

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 23. *Derechos Políticos*

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. *Igualdad ante la Ley*

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. *Protección Judicial*

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga

tal recurso; y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

CAPITULO III

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. *Desarrollo Progresivo*

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSION DE GARANTIAS, INTERPRETACION Y APLICACION

Artículo 27. *Suspensión de Garantías*

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia

Artículo 28. *Cláusula Federal*

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPITULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II

MEDIOS DE LA PROTECCION

CAPITULO VI

DE LOS ORGANOS COMPETENTES

Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión.
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPITULO VII

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. *Organización*

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por

lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. *Funciones*

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;

- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4. *Procedimiento*

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán,

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPITULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. *Organización*

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.
2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.
2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.
3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.
2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc. nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.
3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.
4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.
5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.
2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. *Competencia y Funciones*

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de

otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. *Procedimiento*

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPITULO X

FIRMA, RATIFICACION, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la

consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPITULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los

candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos

que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA”, en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

ANEXOS III

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “CONVENCION DE BELEM DO PARA”

Los Estados partes de la presente convención,

Reconociendo que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

Recordando la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y *Convencidos* de que la adopción de una convención para prevenir, ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas, Han Convenido en lo siguiente:

CAPITULO I

DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

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

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

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

CAPITULO II

DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación.
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPITULO III

DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información

pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPITULO IV

MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes

deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevean iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de enmienda

a esta Convención. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas, depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”. HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.