

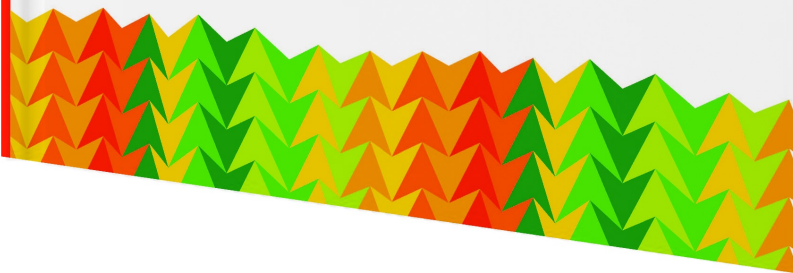
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Organizadores



Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos

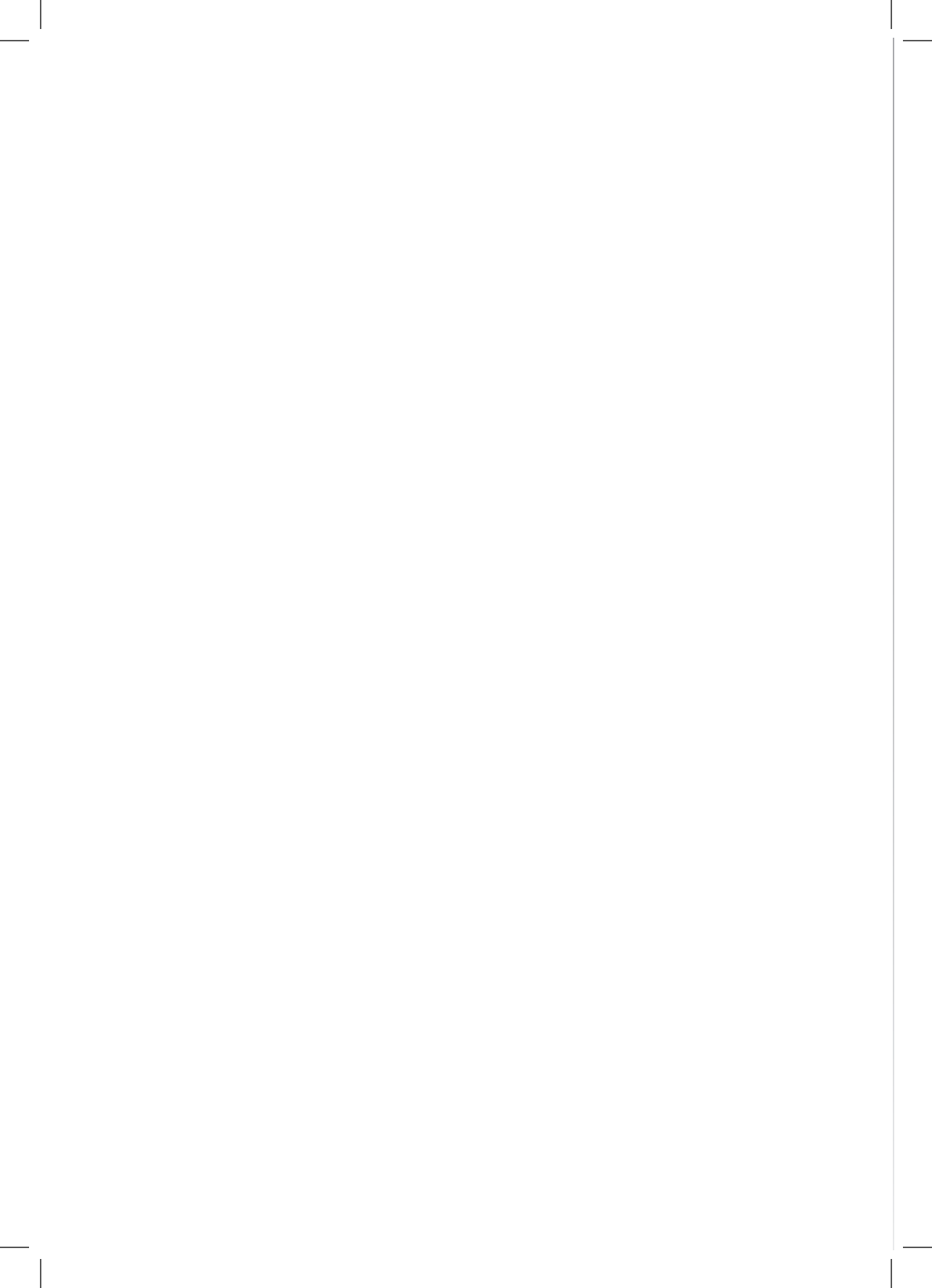




Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
Organizadores

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Fortaleza
2014



Sumario

PREFACIO	5
DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CONTRA LA MUJER EN BRASIL: LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MARIA DA PENHA Ana Maria D'Ávila Lopes y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.....	7
EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DESARROLLO Y SU DIMENSIÓN SOLIDARIA Y COMUNITARIA Prof. Dr. Antonio Colomer Viadel	27
LA VISITA ÍNTIMA: UN DERECHO DE LOS RECLUSOS BAJO EL SIGNO DE LA IGUALDAD César Barros Leal	39
EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, LA NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS Humberto Nogueira Alcalá	55
FEMINISMO PUNITIVO CUANDO EL GÉNERO SE REDUJO AL CASTIGO Jorge Vicente Paladines.....	103
CIUDADANÍA, SISTEMA PENAL Y MUJER José Luis de la Cuesta Arzamendi	119
UNA APROXIMACIÓN PSICOLÓGICA Y HUMANISTA A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA José Martín Amenabar Beitia	153
EL PATRÓN DE ACUMULACIÓN NEOLIBERAL: FRAGMENTACIÓN Y EXCLUSIÓN SOCIO-TERRITORIAL EN AMÉRICA LATINA Marcelo Rodríguez Mancilla.....	177

DE LA DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL A LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL INTERNACIONAL	
Susana Borràs	205
EL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR ESPAÑA	
Virginia Mayordomo Rodrigo	259
ANEXOS.....	309
I. VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE EN EL CASO SERVELLÓN Y OTROS VERSUS HONDURAS (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 21.09.2006, Serie C, n. 152)	311
2. VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE EN EL CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VERSUS PARAGUAY (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 29.03.2006, Serie C, n. 146)	327

PREFACIO

Los cuatro libros que estamos dando a público este año de 2014, en ocasión del III Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos¹, versan sobre la temática central del evento: *Igualdad y No Discriminación*. Los libros son escritos en idiomas distintos (portugués, español, inglés y francés) y reúnen artículos de estudiosos de los derechos humanos, del Brasil y del exterior, que atendieron a nuestra convocatoria para tomar parte en este proyecto, único en sus características y su dimensión, y que pretendemos venga a repetirse en las versiones subsecuentes do Curso. Varios de los integrantes de esta recopilación participaron en las obras publicadas por los dos Institutos (IBDH e IIDH) sobre los temas de los cursos anteriores².

Confiamos en que los presentes textos habrán de constituir una importante referencia para el estudio y el debate acerca de la *Igualdad y No Discriminación*, indicando caminos para el enfrentamiento de los principales desafíos de su vigencia y efectividad, en la busca permanente de la conjugación armónica del saber y la acción. A partir del conocimiento teórico y de la reflexión crítica, distanciada de cualquier postura negativista o escéptica, los autores coinciden en proclamar la necesidad de estimular políticas públicas que garanticen la construcción de una sociedad más solidaria y equitativa.

El principio fundamental de la igualdad y no discriminación ha sido proclamado en declaraciones y tratados, y orientado la jurisprudencia constante de los tribunales nacionales e internacionales, permeando el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, todavía no fue suficientemente estudiado, a pesar de su importancia.

Dicho principio marca presencia en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. De esta

1 Realizado en Fortaleza, Ceará, por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos y por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a través de su Oficina Regional para la América del Sur en Montevideo, con el apoyo del Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará y de la Universidad de Fortaleza.

2 A saber, *Victimología y Derechos Humanos desde la Dimensión de la Pobreza* (coord. César Barros Leal y Emilio José García Mercader, 2012) y *Acceso a la Justicia y Seguridad Ciudadana* (coord. César Barros Leal y Soledad García Muñoz, 2013).

resulta que el reconocimiento de la dignidad inherente a las personas y sus derechos iguales e inalienables viene a ser el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, todos siendo iguales ante la ley y teniendo derecho, sin cualquiera distinción, a la igual protección de la ley.

Al editar estos cuatro libros, nos permitimos registrar la contribución del Vice-Presidente del IBDH, Dr. Paulo Bonavides, y de la ex-Presidente del IIDH, Dra. Sonia Picado Sotela, a la promoción y salvaguardia de los derechos humanos en nuestra región; a ambos agradecemos por su dedicación, a lo largo de los años, a la disciplina que nos congrega. Expresamos nuestro aprecio académico, además, a los autores de los artículos que componen los tomos.

Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
La Haya / Fortaleza, Julio de 2014

DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CONTRA LA MUJER EN BRASIL: LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MARIA DA PENHA¹

Ana Maria D'Ávila Lopes

Máster y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Profesora del Programa de Post-Grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Máster en Derecho por la Universidade Federal do Ceará – UFC y Doctor en Derecho por la Universität Frankfurt am Main; Profesor Titular del Programa de Post-grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Procurador del Municipio de Fortaleza

INTRODUCCIÓN

El ser humano construye su personalidad relacionándose con los otros seres humanos (TAYLOR, 1994). Es comparando el comportamiento de los otros con el mío que me hago quien yo soy. La inter-subjetividad de esa construcción evidencia como los valores vigentes en una sociedad influyen en lo que somos, lo que hacemos y lo que queremos.

De ese modo, resulta innegable que las normas jurídicas, creadas y aplicadas por los seres humanos, sufren directamente la influencia de los valores adoptados por sus creadores y aplicadores.

No obstante, el Derecho no es sólo influenciado por los valores vigentes en la sociedad que pretende regular, sino que

¹ Texto originalmente publicado en el libro: “Discriminación de género contra la mujer en Brasil: la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maria da Penha”. In: CULLETON, Alfredo; MAUES, Antonio; TOSI, Giuseppe; ALENCAR, Maria Luiza. WEYL, Paulo.. (Org.). Direitos Humanos e Integração Latino-americana. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado Rio Grande do Sul, 2011, v. , p. 297-310.

simultáneamente regula el comportamiento de esa sociedad. Se trata de una relación dialéctica en la cual el Derecho tanto es influenciado como influye en la sociedad que lo crea y aplica.

El derecho significa más que las palabras de la ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad (RUIZ, 2002, p. 22).

El Derecho, por lo tanto, no es axiológicamente neutro. El Feminismo ha demostrado cómo en lugar de ser un instrumento para imponer la Justicia, el Derecho ha sido utilizado por la sociedad machista para oprimir y excluir a las mujeres del ejercicio de sus derechos.

Esa situación puede ser nítidamente constatada en el caso de la violencia doméstica y familiar contra la mujer.

La violencia doméstica y familiar contra la mujer se ha mantenido a través de los siglos debido a la tolerancia del Estado que elabora, implementa y aplica las normas jurídicas siguiendo valores machistas. Esa violación de los derechos humanos de las mujeres fue duramente criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha, en el cual el Estado brasileño fue responsabilizado por su tolerancia ante el problema de la violencia doméstica.

En ese contexto, el presente trabajo tiene como objetivo evidenciar la influencia del factor género en el problema de la violencia doméstica y familiar contra la mujer. Para ello, inicialmente serán presentadas algunas breves consideraciones sobre la definición de género y su influencia en la histórica situación de discriminación contra las mujeres. Seguidamente, será probada la influencia del factor género en la elaboración, implementación y aplicación del Derecho. Finalmente, el Caso Maria da Penha será analizado con la finalidad de no sólo demostrar cómo el Derecho es utilizado para reforzar comportamientos discriminatorios, sino también para mostrar que no se trata de una situación irreversible.

No hay nada de irreversible o de determinismo en la discriminación de género. Es un mal de la sociedad que puede y debe ser combatido, siendo responsabilidad de todos y, especialmente de los que trabajamos en Derechos Humanos, contribuir a su superación.

1. DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

Definir lo que se entiende por *género* exige previamente analizar el origen histórico de los papeles atribuidos a los hombres y a las mujeres en las sociedades occidentales (LOPES et al. 2008).

Así, en el comienzo de la historia de la humanidad, la distribución de las tareas fue realizada con base en las cualidades o habilidades físicas de las personas. Debido a que una familia para sobrevivir necesitaba del mayor número de miembros, a las mujeres les incumbió asumir el papel de madres a tiempo completo, mientras que a los hombres les correspondió defender y sustentar la familia.

La necesidad del hombre de salir de la caverna para buscar el sustento de su familia, le permitirá acumular riqueza y, con ésta, poder político para organizar su comunidad.

En esa estructuración social, el único capaz de acumular riqueza y poder político va a ser el hombre, pues el área de actuación de la mujer se restringirá a las cuatro paredes de su caverna, de su hogar.

Sin embargo, el hombre no sólo va a dominar el espacio público, sino también el espacio privado, debido a ser él quien sustenta la familia. Como proveedor de la familia, el hombre irá asumir el papel de su jefe absoluto sin que nadie más pueda interferir.

El dominio del hombre del espacio público y del privado tuvo, de esa manera, un origen circunstanciado en la lucha por la sobrevivencia.

Con la evolución de la sociedad y la formación de ciudades, los criterios primitivos para la distribución de los papeles perderán sentido, debiendo el hombre buscar otras formas para conservar su poder. Para ello, en cuanto señor del espacio público, irá utilizar el Derecho como mecanismo para mantener a las mujeres en un segundo plano. Por medio de las normas jurídicas, el hombre irá limitar y hasta negar derechos a las mujeres. No siendo eso suficiente, a través de una moral estructura con base en valores machistas, irá determinar lo que es bueno o correcto en el comportamiento de una mujer, restringiéndole su actuación social.

Es de esa forma como la discriminación de género contra la mujer fue históricamente construida.

Género es el conjunto modificable de características culturales, sociales y educacionales atribuidas por la sociedad al comportamiento humano, cualificándolo de masculino o femenino.

Sexo, diferentemente, es el conjunto de características físicas, biológicas y psicológicas, naturales e inmodificables², que cualifican un ser humano como hombre o como mujer.

El género es socialmente construido, el sexo es determinado biológicamente.

Tradicionalmente, los dos conceptos fueron identificados como sinónimos. Así, el género masculino era entendido como correspondiente al hombre y el género femenino a la mujer.

Bajo esa concepción, el hombre no puede comportarse femeninamente, ni la mujer masculinamente, porque eso significa ir contra los patrones comportamentales impuestos por la sociedad como correctos, buenos, adecuados, verdaderos, válidos, decentes.

Es ejemplo de género, de construcción social, afirmar que las niñas deben jugar con muñecas y ollitas y los niños con espadas, carritos y pelotas, porque son los comportamientos femeninos y masculinos que deben respectivamente ser esperados de las niñas y de los niños.

El origen de esa distinción, como fue antes expuesto, es del tiempo de las cavernas. Las niñas tienen que prepararse para, cuando adultas, puedan ser buenas mamás, buenas dueñas de casa. Los niños, por otro lado, deben desarrollar la fuerza física, las habilidades técnicas e intelectuales para tener éxito en el espacio público y conseguir el sustento de la familia.

Es femenino una mujer llorar porque es femenino ser frágil. Diferentemente, ocultar los sentimientos, no llorar, ser fuerte es masculino y, por tanto, es el comportamiento que es esperado de los hombres.

La buena mujer, la mujer honesta es la que sale de la casa de los padres para directa y únicamente casarse, tener hijos y cuidar siempre de ellos y del marido, porque es femenino ser madre, ser esposa. El hombre es el permanente cazador, el conquistador, el guerrero, el luchador, porque masculino es acumular riqueza y poder para cuidar de la familia y de su sustento.

El Derecho, elaborado e impuesto por los hombres, no objetivará revertir ni modificar esa situación de desigualdad, sino que será

2 A pesar de que la operación de cambio de sexo permite la alteración de la apariencia física de los rasgos y órganos sexuales que identifican a alguien como mujer o hombre, genéticamente aún no es posible alterar la condición de alguien haber nacido mujer o hombre.

utilizado exactamente para lo contrario, es decir, para mantener el poder del hombre sobre la mujer.

Eso porque el Derecho no sólo refleja los valores de la sociedad que pretende regular, sino porque también es un valioso instrumento de dominación: “La estructura del discurso jurídico, que articula diferentes niveles, encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral” (RUIZ, 2000, p. 21).

No hay, por lo tanto, como negar la influencia del factor género en la elaboración y aplicación del Derecho. Situación que ha servido para reforzar la discriminación de género que las mujeres vienen sufriendo desde los tiempos primitivos y que sólo fue denunciada en 1995, durante la IV Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín.

Por eso, es de extrema importancia defender la distinción conceptual entre sexo y género. Es necesario rechazar el conservador posicionamiento determinista que atribuye la responsabilidad de la situación de desigualdad a las diferencias biológicas existentes entre hombres y mujeres. Para el determinismo biológico, la situación de inferioridad social de la mujer es irreversible, pues ella nunca dejará de tener las características biológicas que hacen de ella un ser más frágil en relación al hombre, tales como menor fuerza física, poca habilidad para las ciencias exactas, mayor sensibilidad emocional etc. (RHODE, 1997).

Sin duda, los hombres y las mujeres son biológicamente diferentes, pero esas diferencias no hacen de ellos o de ellas seres superiores o inferiores. Ha sido la sociedad, tradicionalmente dominada por los hombres, la que ha atribuido mayor o menor valor a las diferentes características biológicas de cada sexo.

La histórica discriminación sufrida por las mujeres es producto de una sociedad construida sobre la base de valores y normas jurídicas machistas. Reverter esa situación implica no sólo cambiar los valores de la sociedad, sino también re-significar sus normas jurídicas y la forma como vienen siendo aplicadas, conforme será explicitado en el próximo tópico.

2 GÉNERO, DERECHO Y DISCRIMINACIÓN

El Derecho no es sólo norma, sino también práctica discursiva que actúa en el medio social, ya sea como instrumento para legitimar

el poder de aquel que domina o como mecanismo regulador de los comportamientos humanos.

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar (RUIZ, 2000, p. 21).

En ese contexto, el Feminismo ha analizado como el género ha influenciado e influye en la creación y aplicación de las normas jurídicas, distinguiendo las tres siguientes percepciones (SMART, 2000):

a) “el Derecho es sexista”: según este enfoque, las normas jurídicas han sido utilizadas para colocar a la mujer en una situación de inferioridad en relación a los hombres. Así, por ejemplo, fue a través del Derecho que se clasificó a la mujer como ser relativamente incapaz y se restringió su derecho a la educación, al trabajo y a la participación política. Fue también por medio de las normas penales, elaboradas con base en patrones morales machistas, que se limitó el comportamiento sexual de las mujeres al exigirles ser “honestas” para poder ser consideradas víctimas del crimen de violación.

Si bien no se puede negar que, bajo esa perspectiva, el Derecho puede ser clasificado como sexista, esta posición es criticada por su superficialidad. Al proponer sólo la reforma de las normas jurídicas como solución para el problema de la discriminación contra las mujeres, esta posición incurre en el error de ignorar que el Derecho no es únicamente texto.

Aunque considerada superficial, se debe reconocer que no es una propuesta simplista, conforme a lo observado por Smart (2000, p. 35),

No se piense que el argumento es, en modo alguno, simplista. Está encuadrado dentro de diversos grados de sofisticación, que van desde aquellos que sugieren que la introducción de un lenguaje neutral con respecto al género nos libra de los problemas de diferenciación y, por lo tanto, de discriminación (por ejemplo, referirse al cónyuge en vez de esposa o a la figura parental en vez de a la madre), hasta quienes estiman que la

discriminación es parte de un sistema de relaciones de poder que es necesario enfrentar antes de que el sexismo pueda ser *extraído* de él.

De cualquier forma, es una posición que debe ser rechazada debido a que es imposible construir un ordenamiento jurídico inmune al género, en la medida en que es impensable una cultura sin género, es decir, sin comportamientos femeninos o masculinos. Lo máximo que se conseguiría con una reforma sólo de los textos sería un Derecho andrógono y no un Derecho justo.

b) “el Derecho es masculino”: la visión del Derecho como masculino parte de la constatación de que la mayoría de los operadores del Derecho (legisladores, administradores públicos, jueces, abogados, etc.) son hombres, dando lugar a que los valores presentes en las normas jurídicas sean masculinos.

Diferentemente del sexismo, que se limita a cuestionar los enunciados normativos como fuente de la discriminación de género, este segundo posicionamiento atribuye a la forma como las normas son aplicadas el origen del problema. Así, la discriminación de género contra las mujeres continuará mientras la mayoría que aplique las normas, aún las aparentemente neutras, sean hombres.

El principal reparo que se hace a esta posición es haber considerado a los hombres como una categoría unitaria y haber vinculado los valores masculinos a sólo los hombres. Hacer eso es caer en el determinismo biológico que polariza la discusión convirtiéndola en una relación conflictual de “todos los hombres contra todas las mujeres”. No se puede ignorar que algunos valores masculinos están también presentes en las mujeres, así como algunos valores femeninos están presentes en los hombres.

Por otro lado, factores como edad, raza, condición económica, nivel de instrucción etc. son ignorados por esta posición, fragmentado la realidad en la cual el Derecho actúa.

c) “el Derecho tiene género”: la diferencia entre esta posición y la del Derecho como masculino es sutil pero sin dejar de ser crucial.

Comprender que “el Derecho tiene género”, en lugar de afirmar que el Derecho es sexista o es masculino, nos lleva a preguntarnos cómo el género opera en el Derecho y cómo éste, a su vez, contribuye a la construcción social del género, y a la identidad masculina o femenina de hombres y mujeres.

El Derecho, incuestionablemente, se encuentra impregnado de valores masculinos, conforme a lo defendido por las dos anteriores posiciones, sólo que, para esta tercera posición, la presencia del género masculino en las normas no necesariamente debe ser interpretada como una forma de siempre favorecer al hombre ni siempre perjudicar a las mujeres.

Para Jaramillo (2000, p. 31), introducir el género como factor que influye en la estructuración de la sociedad, permite que los hombres de carne y hueso dejen de ser los únicos centros del ataque feminista, así como para que las mujeres de carne y hueso dejen de ser siempre las víctimas.

En el Estado brasileño, por ejemplo, muchas de las normas jurídicas han sido utilizadas para mantener una estructura social discriminatoria, reflejando los valores de una sociedad machista que, a pesar de haber en la mayoría de las veces perjudicado a las mujeres, en otras las ha favorecido.

Así, el anterior Código Civil, cuando fue promulgado en 1916, contenía normas que colocaban a la mujer en situación de desventaja. Establecía, por ejemplo, que la mujer era relativamente incapaz (art. 6°), sin derecho a ejercer la patria potestad (art. 233) ni fijar el domicilio de la pareja (párrafo único del art. 36 y fracción III del art. 233). Para ejercer una profesión, la mujer tenía que tener la autorización del marido (art. 246), así como para aceptar mandato (art. 1299). Fue solamente con el Estatuto de la Mujer Casada (Ley n°. 4121/62), aprobado gracias al movimiento feminista, que esas normas fueron derogadas.

En materia penal, la conquista por la derogación de normas discriminatorias fue sólo concretizada en 2005, con la promulgación de la Ley n°. 11106/05, que trajo importantes y esperadas modificaciones. Así, por ejemplo, fueron suprimidos los incisos VII y VIII del art. 107, que extinguían la punibilidad de los “crímenes contra las costumbres” con el casamiento de la víctima con el agente o con tercera persona. Fue derogado, también, el crimen de seducción contra mujer *virgen* mayor de 14 años y menor de 18 años (art. 217) y el crimen de rapto de mujer *honesta* (arts. 219 a 222).

Esas normas no hacían más que reflejar los valores llenos de prejuicio de la sociedad brasileña machista, que no sólo perjudicaban a las mujeres, sino que también las sobreprotegían, provocando algunas situaciones de ventaja en relación a los hombres. Así, el

derecho a pensión alimenticia o a la patria potestad de los hijos menores en caso de divorcio era prácticamente siempre reservado a las mujeres.

En el derecho laboral también es posible encontrar diversas normas que, a pesar de creadas en función de valores machistas, resultaron en el favorecimiento de las mujeres, como la antigua norma que prohibía el trabajo nocturno de la mujer (norma constante en el art. 379 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo y que fue derogada por la Ley n°. 7189/84), bajo la alegación de que provocaba daños a la salud, cuando en realidad se quería impedir que una mujer dejara al marido desatendido en casa y anduviese sola en la noche.

Se constata que el Derecho se presenta como un discurso que no sólo legitima las relaciones de poder existentes, sino que, paradójicamente, es también un discurso cargado de historicidad y de ideología. Como afirma Alicia Ruiz, “cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad” (RUIZ, 2000, p. 21).

En ese contexto, afirmar que el “derecho tiene género” permite comprender que el problema de la discriminación contra las mujeres no se soluciona sólo modificando los textos de las normas o aumentando el número de operadores jurídicos mujeres, sino que es necesario cambiar el sistema de valores de los que las elaboran, implementan y aplican. En esa línea, Harari y Pastorino (2000, p. 146) afirman que,

La ley por sí misma no elimina las desigualdades, por mucho y muy frecuentemente que las señale y condene. El trabajo se debe realizar también sobre el sistema de valores de los magistrados y los funcionarios judiciales, para eliminar todo resabio sexista.

De ese modo, es necesario, en primer lugar, reconocer el género como factor que ha contribuido para la construcción de una sociedad jerarquizada en la cual las mujeres han sido relegadas a un segundo plano. En segundo lugar, se debe reconocer que el Derecho no es axiológicamente neutral, sino que es influenciado por los valores de aquellos que lo crean y lo aplican, pudiendo ser utilizado como un instrumento de dominación, de opresión y exclusión.

3. VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LA MUJER: EL CASO MARIA DA PENHA

La discriminación de género contra la mujer ha derivado en diversas formas de transgresión de sus derechos humanos. Una de esas formas es la violencia doméstica, la que se encuentra fuertemente arraigada en las sociedades machistas siendo muchas veces considerada “natural”.

A prática da violência doméstica e sexual emerge nas situações em que uma ou ambas as partes envolvidas em um relacionamento não cumprem os papéis e funções de gênero imaginadas como naturais pelo parceiro. Não se comportam, portanto, de acordo com as expectativas e investimentos do parceiro, ou qualquer outro ato envolvido na relação (TELES, 2002, p. 18).

La violencia de género contra la mujer no es, conforme a lo tradicionalmente alegado, consecuencia de características o condiciones biológicas intrínsecas del hombre que lo hacen un ser violento. La violencia de género, contrariamente a cualquier determinismo biológico, deriva de la estructura jerarquizada de la sociedad, donde la mujer no es considerada un sujeto de derechos sino un objeto a servicio de los intereses y deseos de los hombres,

A violência contra a mulher é entendida como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher, decorrente da construção social dos papéis impostos e consolidados ao longo da história e reforçada pela ideologia do patriarcado. Não é, portanto, a violência um acontecimento natural, mas fruto do processo de socialização das pessoas. Representa muito mais que uma violação à sua integridade, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou emocional, importa em violação aos direitos humanos (BARRETO, 2007, p. 27).

Debido a su gravedad y complejidad, este tipo de violencia constituye una violación directa de los derechos humanos,

A violência é uma das mais graves formas de discriminação em razão do sexo/gênero. Constitui violação dos direitos humanos e das liberdades essenciais, atingindo a cidadania das mulheres, impedindo-as de tomar decisões de maneira autônoma e livre, de ir e vir, de expressar opiniões e desejos, de viver em paz em suas comunidades; direitos inalienáveis

do ser humano. É uma forma de tortura que, embora não seja praticada diretamente por agentes do Estado, é reconhecida como violação dos direitos humanos desde a Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena (Áustria) em 1993, isso porque cabe ao Estado garantir segurança pública, inclusive da população feminina. E um fenômeno que atinge mulheres de diferentes classes sociais, grupos étnicos, posições econômicas e profissionais. (TELES, 2002, p. 22)

A pesar de ello, la violencia contra la mujer continúa, la gran mayoría de las veces siendo ignorada, ocultada, menospreciada y hasta incentivada por los Estados. En ese contexto, el Derecho ha sido utilizado no para imponer la Justicia, sino para perpetuar la injusta discriminación contra las mujeres. Así, por ejemplo, la tradicional no tipificación penal de los actos de violencia sexual perpetrados por el marido contra su esposa evidencia cómo el Derecho, elaborado y aplicado por el Estado, ha servido a los intereses de los hombres en detrimento de los derechos de las mujeres.

Assim sendo, cada mulher interpreta subjetivamente o que entende por violência ou agressão e o que entende como decorrência do suposto direito dos homens sobre as mulheres. Há mulheres que sequer se dão conta de que são estupradas por seus maridos, já que, em princípio, estariam cumprindo com a obrigação de satisfazer o desejo sexual deles, o chamado débito conjugal (BARRETO, 2007, p. 68)

La violencia de género se encuentra tan impregnada en la sociedad que las mismas mujeres no reconocen determinadas situaciones como violación de sus derechos. Una investigación realizada en el servicio público de salud de São Paulo reveló que las pacientes no consideraban como violencia los actos infringidos en el interior de sus casas, donde el hombre es el “jefe todopoderoso”. Indagadas sobre el nombre que darían a esos actos, algunas mujeres respondieron que podrían ser llamados agresiones, en cuanto otras no supieron qué responder (SCHRAIBER, 2005).

Esos datos muestran la gravedad del problema que afecta a la sociedad brasileña. Según datos levantados por la Fundación Perseu Abramo (*ON-LINE*), una de cada cinco mujeres brasileñas es víctima de algún tipo de violencia practicada por un hombre. Se trata de una violencia que no distingue ricos o pobres, personas con instrucción o

sin ella. Si es menos conocida en las clases económicas media y alta es sólo porque con dinero es más fácil esconderla.

Caso paradigmático de violencia doméstica en Brasil es el de la biofarmacéutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Ella fue víctima de agresiones y de dos tentativas de homicidio por parte de su ex-marido, el profesor universitario Marco Antonio Heredia Viveiros, quien sólo llegó a ser condenado y preso 19 años y 6 meses después de la denuncia de la primera tentativa de asesinato.

Para conseguir que esa condena, Maria da Penha tuvo que, con la ayuda del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino-Americano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), denunciar al Estado Brasileño en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, por la demora en juzgar y punir al agresor de tan violentos crímenes.

Fue en 2001 que la CIDH responsabilizó a Brasil por la violación de los derechos y deberes establecidos en los arts. 1(1) (obligación de respetar derechos), 8 (garantías judiciales), 24 (igualdad frente a la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como por la violación de los arts. II (igualdad ante la ley) y XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de Derechos Humanos y el art. 7º (prevenir, punir y erradicar cualquier acto de violencia contra la mujer) de la Convención de Belém do Pará.

En el documento condenatorio (Informe 54/01) se recomendó a Brasil a adoptar las siguientes medidas (COMISIÓN INTERAMERICANA... *ON-LINE*):

- a) completar de forma rápida y efectiva el proceso penal contra Marco Antonio Heredia Viveiros;
- b) iniciar una investigación imparcial y exhaustiva para determinar los responsables por la demora del citado proceso penal, aplicando las respectivas sanciones;
- c) adoptar las medidas necesarias para que la víctima reciba una reparación simbólica y material por los daños sufridos y por el atraso de más de 15 años de duración del proceso penal;
- d) intensificar el proceso de reforma para acabar con el tratamiento discriminatorio contra las mujeres en relación a la violencia doméstica. Para ello, la Comisión recomendó especialmente que:

- se adoptasen medidas para capacitar y sensibilizar a los funcionarios judiciales y policiales sobre el problema de la violencia doméstica, evitando cualquier tolerancia al respecto;
- se simplificasen los procedimientos judiciales, aunque sin afectar los derechos y las garantías del debido proceso;
- se usasen mecanismos alternativos a los judiciales para la solución más ágil de los conflictos intrafamiliares;
- se aumentasen el número de comisarías policiales dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres;
- se incluyesen en los planos pedagógicos informaciones sobre el respeto a las mujeres y los derechos previstos en la Convención de Belém do Pará, así como formas de enfrentar los conflictos intrafamiliares.

e) presentar a la CIDH, en el plazo de 60 días desde el envío de este documento, informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones, conforme a lo establecido en el art. 51(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La ausencia de respuesta del Estado brasileño en el plazo estipulado derivó en la publicación del documento (Informe 54/01), cuyo resumen se copia a seguir.

RESUMEN

1. El 20 de agosto de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") recibió una denuncia presentada por la señora Maria da Penha Maia Fernandes, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) (en adelante "los peticionarios"), basada en la competencia que le acuerdan los artículos 44 y 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y el artículo 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará o CMV).

2. La denuncia alega la tolerancia por parte de la República Federativa de Brasil (en adelante "Brasil" o "el Estado") de la violencia perpetrada en su domicilio en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha

Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio del 1983. Maria da Penha, como producto de esas agresiones padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado por más de quince años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denuncia la violación de los artículos 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("la Declaración"), así como de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. La Comisión tramitó reglamentariamente la petición. Dado que el Estado no ofreciera comentarios a la misma, pese a los repetidos requerimientos de la Comisión, los peticionarios solicitaron se presuman verdaderos los hechos relatados en la petición aplicando el artículo 42 del Reglamento de la Comisión.

3. En este informe la Comisión analiza los requisitos de admisibilidad y considera que la petición es admisible de conformidad con los artículos 46(2)(c) y 47 de la Convención Americana, y 12 de la Convención de Belem do Pará. En cuanto al fondo de la cuestión denunciada, la Comisión concluye en este informe, redactado de acuerdo con el artículo 51 de la Convención, que el Estado violó en perjuicio de la señora Maria da Penha Maia Fernandes los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Concluye también que esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial. La Comisión recomienda al Estado que lleve a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de homicidio en perjuicio de la señora Fernandes y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable; recomienda también la reparación

efectiva y pronta de la víctima, así como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres. (COMISIÓN INTERAMERICANA..., *ON-LINE*).

Publicado el Informe y gracias a la presión internacional ejercida, Marco Antonio Heredia fue finalmente condenado por el Poder Judicial del Estado brasileño de Ceará en 2002 y preso en 2003. Fueron 19 años y 6 meses de espera por Justicia.

En relación a la reparación simbólica (pedido público de disculpas del Estado) y a la económica (R\$ 60,000 equivalentes a aproximadamente 25,000 dólares americanos a la fecha), solamente fueron concretizadas el 8 de julio de 2009 (DIÁRIO DO NORDESTE, *ON-LINE*).

Respecto de las otras recomendaciones, el Estado brasileño promulgó en 2006 la Ley Maria da Penha (Ley n.º. 11.340/2006), dirigida a cohibir los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer. Entre las innovaciones de la ley pueden citarse:

a) previó y cohibió por la primera vez la violencia de género contra la mujer (art. 1º);

b) dispuso como sujeto pasivo (víctima) únicamente a la mujer y como sujeto activo (agresor) cualquier hombre o mujer (art. 5º);

c) instituyó como ámbitos de aplicación de la ley, el espacio doméstico, el familiar y cualquier relación íntima de afecto, inclusive la homosexual (art. 5º);

d) consideró la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos (art. 6º);

e) definió como violencia las agresiones físicas, sexuales, psicológicas, morales y patrimoniales (art. 7º);

f) estableció la actuación conjunta de la Unión, estados miembros, Distrito Federal y municipios para el combate de la violencia contra la mujer (art. 8º), debiendo guiarse por las siguientes directrices:

- integración operacional del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Pública;
- promoción de estudios e investigaciones relativas a las violencia contra la mujer, bajo una perspectiva de género, raza y etnia;
- responsabilidad social de los medios de comunicación debiendo evitar la divulgación de papeles estereotipados que puedan promover este tipo de violencia;

- implementación del servicio policial especializado para el atendimento de las mujeres;
 - promoción de campañas educativas para la prevención de la violencia contra la mujer;
 - celebración de convenios de cooperación entre órganos gubernamentales o no gubernamentales para el combate de la violencia;
 - capacitación permanente de la policía en materia de discriminación de género, raza y etnia;
 - destaque en los currículos escolares de los temas de discriminación de género, raza y etnia
- g) instauró el atendimento especializado de la mujer víctima de violencia en la red pública de salud (art. 9º)
- h) creó juzgados de violencia doméstica y familiar (art. 14) como forma de superar la ineficiencia de los juzgados especiales criminales (L. nº 9099/95) donde eran ineficazmente procesados los casos de violencia contra la mujer. Los nuevos juzgados deberán contar con un equipo multidisciplinar de atención a la mujer (art. 29)
- i) prohibió penas de carácter exclusivamente pecuniario (art. 17);
- j) enfatizó la importancia de la celeridad de los procesos de violencia (art. 18);
- k) garantizó el derecho de las mujeres a ser amparadas por un abogado o, en su defecto, por un defensor público (arts. 27 y 28);
- l) implantó medidas protectoras de urgencia dirigidas al agresor como, por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima (art. 22);
- m) instauró medidas protectoras de urgencia dirigidas a la víctima, como, por ejemplo, encaminarla a ella y a sus dependientes a un programa oficial o centro comunitario de protección o atención (art. 23);
- n) modificó el art. 152 de la Ley de Ejecución Penal (L. nº 7210/84) pasando a tener la siguiente redacción: “Párrafo único: en los casos de violencia doméstica contra la mujer, el juez podrá determinar la asistencia obligatoria del agresor a programas de recuperación y re-educación”;
- Tres años después de la promulgación de la Ley Maria da Penha, algunas conquistas se han alcanzado conforme a lo destacado por la *Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres* (p. 13, ON-LINEa):
- a) creación de 146 centros de referencia de atención a la mujer;

- b) creación de 475 comisarías especializadas;
- c) creación de 147 juzgados de violencia doméstica y familiar, los cuales se encuentran distribuidos en 17 estados de la federación;
- d) creación de 56 núcleos de atención especializada de la defensoría pública de la mujer;
- e) creación de 68 casas de abrigo;
- f) 923,878 llamadas al 180, línea telefónica exclusiva para la denuncia de este tipo violencia. Debe observarse que el elevado número no debe ser interpretado como un aumento de la violencia contra la mujer, sino como el reconocimiento de que se trata de un problema que debe ser denunciado y combatido.

Sin embargo, no todo es positivo. Aunque la situación viene mejorando, las estadísticas relativas a la violencia contra la mujer en Brasil continúan mostrando números alarmantes. Aún hay jueces que no entienden el significado de género y de la discriminación de género (PORTAL VIOLENCIA..., *ON-LINE*). Aún hay parlamentares proponiendo proyectos de ley que enflaquecen la Ley Maria da Penha (DIARIO DO NORDESTE, *ON-LINE*b).

Es, por lo tanto, necesaria la adopción de políticas públicas más enérgicas que tengan por fin modificar el sistema machista de valores que aún impera en la sociedad. Es obligación del Estado garantizar el respeto de la dignidad de todo ser humano, condición *sine qua non* para la construcción de una sociedad justa.

CONCLUSIÓN

En pleno siglo XXI aún hay mucho por hacer en relación a la conquista de la igualdad entre hombres y mujeres. Los prejuicios y la discriminación continúan presentes en la sociedad contemporánea que persiste en repetir los errores del pasado. Las mujeres continúan jurídica y moralmente siendo juzgadas con base en valores machistas que no hacen más que evidenciar la fuerza del factor género en la estructuración de la sociedad.

Esa situación es claramente vislumbrada en el problema de la violencia doméstica y familiar contra la mujer, donde el factor género ha jugado un papel decisivo y donde el Estado, apoyado en un Derecho machista, ha actuado como cómplice. Así lo ha denunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el paradigmático Caso de Maria da Penha.

La violencia de género contra la mujer no es producto de ningún determinismo biológico ni fatalismo teológico sino consecuencia de valores machistas plenamente identificables y modificables. Para ello, es antes necesario reconocer el género como un conjunto de valores socialmente construidos y que, como tales, pueden alterarse.

Los valores de una sociedad justa deben tener por base el respeto de la dignidad de todo ser humano, sin ninguna forma de discriminación, conforme a lo previsto en la Constitución Federal brasileña de 1988.

REFERENCIAS

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. *A Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar*. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe nº 54/01. Caso 12.051 Maria da Penha Fernandes. Brasil – 4 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>. Acceso en: 05 marzo 2010.

CARLOS, Paula Pinhal. A reprodução das desigualdades de gênero no discurso dos julgadores e a vítima mulher frente ao sistema de justiça penal. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). *Biodireito e Gênero*. Ijuí: Unijuí, 2007.

DIÁRIO DO NORDESTEa. *Estado do Ceará pede desculpas a Maria da Penha*. Disponible en: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=552978>. Acceso en: 10 marzo 2010.

DIÁRIO DO NORDESTEb. *Lei Maria da Penha está ameaçada alerta MP*. Disponible en: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=656298>. Acceso en: 15 abril 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Ocorrência de violências provocadas por homens*. Disponible en: <http://www.fpabramo.org.br/conteudo/ocorrencia-de-violencias-provocadas-por-homens>. Acceso en: 17 mar. 2010.

HARARI, Sofía. PASTORINO, Gabriela L. Acerca del género y el derecho. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; ANDRADE, Denise; JUCÁ, Roberta. Laena Costa; COSTA, Andréia da Silva. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. *Nomos* (Fortaleza), v. 28, pp. 15-34, 2008.

MEDINA, Diego Eduardo López. Introducción. Feminismo para hombres. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

OEA – ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la Mujer*. Disponible en: <http://portal.oas.org/Portal/Topic/ComisiónInteramericanadeMujeres/ViolenciacontraLaMujerMESECVI/Documentos/tabid/693/language/es-CO/default.aspx>. Acceso en: 10 abril 2010.

PÁGINA 13. *Secretaria especial de políticas para as mulheres faz balanço das políticas para as mulheres*. Disponible en: <http://pagina13.org.br/?p=889>. Acceso en: 17 abril 2010.

PORTAL VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. *Juiz usa Lei Maria da Penha para proteger homem - Folha 31/10/08*. Disponible en: http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1413:juiz-usa-lei-maria-da-penha-para-protger-homem-folha-de-spaulo-311008&catid=13:noticias&Itemid=7. Acceso en: 14 abril 2010.

RHODE, Deborah. *Speaking of sex, the denial of gender inequality*. Cambridge: Harvard University, 1997.

RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

SCHRAIBER, Lília Blima. *Violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2005.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000, pp. 31 – 61.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism*. Examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994, pp. 25-73.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DESARROLLO Y SU DIMENSIÓN SOLIDARIA Y COMUNITARIA

Prof. Dr. Antonio Colomer Viadel

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Politécnica de Valencia;
Director del INAUOCO.

INTRODUCCIÓN

Difícilmente podemos alcanzar una equilibrada vigencia de los derechos y garantías que configuran un Estado de derecho y permitan asegurar los servicios públicos fundamentales a la población, en sociedades profundamente desiguales y desequilibradas en donde no se ha alcanzado el punto de desarrollo, material, económico, social cultural y político sobre el cual construir las instituciones jurídicas y los medios de derecho para la vigencia plena de las libertades y los derechos y de la paz social y seguridad jurídica necesaria.

En este sentido el derecho al desarrollo pese a ser considerado un derecho de nueva generación es un a priori imprescindible para la implantación de un robusto sistema de derechos y garantías. Y esta necesidad lógicamente es más acuciante en las regiones en donde la situación de subdesarrollo es más acusada o también el desequilibrio de desigualdades es más profundo y un porcentaje importante de la población no alcanza los mínimos para salir de la pobreza y recurre a la economía informal o sumergida como medio de supervivencia. Hace tiempo que se indicó que el 62% de la población activa de América Latina se encontraba en la economía informal y por tanto no protegida por el sistema de seguridad social ni reconocida estadísticamente mediante contratos de trabajo u otras formas de regulación jurídica.

En consecuencia el derecho al desarrollo es una prioridad para América Latina y los países emergentes y todos aquellos que aún se encuentran en vías de desarrollo y de ahí la enorme transcendencia de este derecho fundamental.

LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO AL DESARROLLO

En la teoría de los Derechos Humanos se empezó por los derechos individuales fundamentalmente en torno a la libertad para pasar a los derechos sociales o colectivos sobre todo de carácter laboral y económico.

En las últimas generaciones de derechos se ha incorporado el derecho al desarrollo humano como proceso encaminado a aumentar las opciones de la gente, es decir, la gama de capacidades en torno a la libertad política, económica, social e intelectual hasta las oportunidades de llegar a ser una persona sana, educada, productiva, creativa y ver respetados tanto su dignidad personal como sus derechos fundamentales. Estas declaraciones tuvieron una cobertura jurídica tanto por Naciones Unidas como por sus organismos especializados de protección a la infancia, de organización del trabajo y la salud y de promoción de la cultura y la educación como la UNESCO.

Esta percepción del desarrollo humano es *“una forma de concebir la calidad de vida y desarrollo social de una manera integral, involucrando además de las condiciones materiales tangibles de las que disponen las personas (bienes y servicios), todo aquellos que fomenta el despliegue de las capacidades humanas con fines productivos y creativos o en sus actividades sociales, culturales y políticas”*

El desarrollo para que sea humano requiere ir más allá de las dimensiones personales (desarrollo del pensamiento, del razonamiento, de la atención voluntaria, de la memoria intencional, de los valores y la producción de la conciencia), para ir a fundamentarse en y desde la cultura o las culturas de pertenencia de los grupos, donde se promueve y se participa en los proyectos comunes, de grupo, de sociedad o de nación.

En suma, al hablar de reconocimiento del derecho de desarrollo no conviene olvidar la dimensión jurídica pero íntimamente vinculada a la dimensión cultural y ética del desarrollo humano. En este sentido hay prácticas de ese desarrollo compartido a través de dimensiones solidarias y del principio de reciprocidad tan arraigado

1 Véase el módulo VI Cultura y desarrollo humano en Colomer Viadel, A. y Verano Páez, F. (Coord), Manual de Capacitación sobre Economía Solidaria y Desarrollo Comunitario, INAUICO, Ed. UPV. Valencia. 2011.

en tantas culturas que es fundamental para que el desarrollo de uno sea a la vez el desarrollo de todos.

Cuando escribíamos en nuestro Manual sobre el sentido de la cultura y el desarrollo humano detectábamos algunos comportamientos observables en los que se promovía la cultura para la participación y la calidad de vida enunciándose algunas de estas actividades y encuentra sentido compartido:

1. Se mejora la calidad de la interacción y de la acción comunicativa entre las personas, los grupos y las comunidades, de tal manera que se reconozcan recíprocamente, se autorrealicen y se complementen intersubjetivamente.
2. Se logra una conciencia colectiva, crítica y creativa, que enriquezca el sentido de pertenencia social e identidad cultural de todos los miembros de la comunidad.
3. Se considera la participación ciudadana como una estrategia educativa y un medio vital para la redistribución y el ejercicio del poder de decisión y de control de las actividades que la comunidad emprende en busca de su propia calidad de vida.
4. Se generan las condiciones de posibilidad y de diálogos responsables, argumentados y válidos entre los miembros de la comunidad, acerca de las necesidades e intereses comunes, así como de las posibles soluciones a los problemas colectivos.
5. Se reconoce que “el otro y los otros” también tienen razón, son capaces de pensar y decidir autónomamente y tienen mucho que aportar para mejorar nuestras ideas y enriquecer las experiencias comunitarias.
6. Se mejoran los “criterios de juicio” y las formas de pensar, acerca de la participación organizada, y la autogestión formativa y productiva de las personas y las comunidades para realizar la acción comunitaria con arraigo, consagración e ingenio para promover la salud integral y el bienestar social de la comunidad.
7. Se establecen mecanismos que permitan salvaguardar la soberanía popular del Estado Social de derecho y justicia, expresar libremente los proyectos de los ciudadanos, controlar los actos del gobierno e impedir la creación de privilegios ilegales, o la imposición de poderes dictatoriales que atentan contra la dignidad humana, el bien y el interés colectivo.

Ciertamente este modelo de Estado al servicio de la comunidad tendría que poner en marcha toda una actividad promotora de las

potencialidades de la sociedad civil y de mecanismos de participación y de control tales como son las instituciones de democracia directa, los presupuestos participativos, etc, etc.

Sin lugar a dudas en este análisis hay una profunda interconexión entre ética y desarrollo humano y la educación juega un papel importante en ese desarrollo y perfección humana para alcanzar la madurez tanto personal como social.

Ese modelo de desarrollo ha de permitir evaluar mejor la calidad de vida de las personas, las posibilidades reales que tengan de satisfacer necesidades fundamentales, axiológicas y existenciales.

El economista chileno Manfred Max-Neef ha escrito sobre el valor de la autodependencia que promueve la articulación de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología para no separar lo personal y lo social, lo micro de lo máximo, la autonomía, con la planificación y ello que permita fomentar la participación en las decisiones, la creatividad social, la justa distribución de la riqueza, y la tolerancia frente a la diversidad de identidades.

En este sentido el trabajo humano tiene un valor singular no sólo como factor productivo sino en la conciencia social, en la cultura organizativa, en la creatividad popular y la participación comunitaria, ya que supone una energía solidaria con capacidad de ayuda mutua que es fundamental para el crecimiento.

Desde esta perspectiva cuando hablamos de ética para el desarrollo perseguimos el reconocimiento de la dignidad de las personas, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia como respeto mutuo, la paz como fruto de la justicia, los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural de la humanidad.

Los valores que imprimen sentido a este desarrollo humano a partir de la actividad humana libre, responsable y creativa, acorde con la naturaleza de la persona humana pueden reflejarse en aprendizajes en distintas tradiciones y modos de vida. Ahora bien, esta ética para el desarrollo es lógica y respetuosa de todas aquellas creencias y condiciones que no promuevan valores contrarios a los que hacen posible un desarrollo humano integral, y una convivencia pacífica, en el pluralismo ideológico y en la justicia social. Hay elementos esenciales sobre la vida, la libertad, la igualdad y la justicia en la que pueden coincidir desde fuentes distintas corrientes tanto religiosas como humanas pero el desarrollo humano integral reniega de los fanatismos

e intransigencias y tiene que buscar como valores básicos y comunes las libertades cívicas, la igualdad de oportunidades, la solidaridad responsable, la distribución equitativa de bienes y servicios, el respeto a las creencias y el dialogo para resolver los conflictos y en suma la igualdad de derechos y el valor de la dignidad de las personas.

Hay que promover modelos de comportamiento y motivaciones para alcanzar estos objetivos y existe la necesidad de cubrir vacíos de criterios para fomentar esa convivencia pacífica en la construcción de respuestas morales para superar la crisis de valores.

El concepto de la reciprocidad de dones para construir el ser colectivo de la comunidad y el mayor prestigio de aquellos que son más generosos en la donación está muy arraigado en las culturas amerindias pero también para Aristóteles. En su *Ética a Nicómaco*, era el fundamento de valores sociales como la amistad, la responsabilidad y la justicia. Y de ahí que la participación en la comunidad no sólo era un imperativo legal sino que era sobre todo una conciencia de la obligación comunitaria que se vivía como una virtud cívica.

Por mi parte he escrito sobre la civilización de sujetos éticos en donde en realidad la responsabilidad y el sentido del deber recíproco serían tan intensos que casi no habría que proclamar derechos porque de este cumplimiento de los deberes personales y profesionales se decantaría de forma espontánea la mejor vigencia de nuestros derechos.

Utilicé el mito de Ulises y sus compañeros a los que calificué como argonarios para exponer lo que he llamado el método crítico argonario quijotesco que de una parte se fundamenta en la filosofía clásica apolíneo-dionisiaca de exaltación de la vida y de todo lo viviente y por otra en la ética quijotesca de lucha por la justicia en los demás porque si se deja desvalidos a los más débiles no se puede reivindicar justicia para uno mismo.

Ulises y su grupo formaban una comunidad de apoyo mutuo y reciprocidad en donde construían mancomunadamente el esfuerzo para el retorno a su deseada Ítaca y estaban entrelazados los destinos y los esfuerzos en el objetivo común y a la vez en el crecimiento de cada uno.

Eran unos adelantados de esa comunidad de los libres como he definido a los argonarios² El principio de reciprocidad y el principio de

2 Colomer Viadel, A. (2011). *El retorno de Ulises. Una filosofía política alternativa*, Editorial Ciudad Nueva, Buenos Aires.

cooperación han sido fundamentales en la evolución y crecimiento de las sociedades humanas.

Se trata de rescatar el sentido societario de la organización donde todas las aportaciones tienen un principio de igualdad aunque luego se reconozcan escalas técnicas de conocimientos profesionales de distinta cualificación.

Estos deberes profesionales en el origen de una ética solidaria y de un desarrollo compartido podrían ya expresarse en el famoso juramento de Hipócrates, 400 años antes de Cristo y que en teoría aún vincula a los médicos en su ejercicio, en donde se compromete *“fidelidad en la enseñanza a los alumnos de acuerdo con el mayor saber y entender, así como el mejor tratamiento en el bien de los enfermos en lo que yo sepa y pueda; jamás en daño suyo y con mala intención. No operaré a nadie por cálculos. En cuantas casas yo entraré, lo haré para el bien de los enfermos, absteniéndose de caer en injusticia involuntaria y corrupción”*.

“Lo que acaso en el ejercicio de la profesión viere u oyera acerca de la vida de las personas, y que no deba alguna vez ser revelado, callaré, considerándolo secreto”. *“Y es ante Apolo que se jura cumplir con estos mandatos sintiéndose condenado por los hombres si los quebranta”*.

Esta ética profesional puede ser trasladada a cualquier actividad profesional. Se trata de considerar al que solicita nuestros servicios como un trasunto de nuestro yo, en esa relación yo-tú y ver en él a nosotros mismos solicitando esa asistencia, o nuestro hijo, en la ayuda solicitada para su hijo³.

La relación entre desarrollo humano y solidaridad social, se plantea también a escala planetaria en donde si por un lado tenemos una mundialización económica, comercial y financiera y de medios de comunicación y espectáculos que no siempre mejoran; se han producido reacciones localistas y formas de identidad tanto étnica como religiosas de aislamiento, pero también existen fuentes de identidad de esa solidaridad social a escala universal: los movimientos pacifistas, ecologistas, antirracistas, feministas, juveniles, entre otras, que tienen un denominador común y es esa lucha por una existencia humana que alcance una autorrealización y

3 Colomer Viadel, A. (2011). *El retorno de Ulises. Una filosofía política alternativa*, Editorial Ciudad Nueva, Buenos Aires.

calidad de vida, formas de responsabilidad con el medio ambiente y mecanismos de cooperación.

Todo este crecimiento entronca desde la educación con la idea de paz y solidaridad. Existe un sentimiento innato de simpatía de atender a los demás y condolerse de sus penas y tratar de ayudarlos que se ha tratado de enmascarar con el fomento de la competencia a ultranza y la acumulación asimétrica.

El arte de convivir en paz supone un cerrar el paso a esa ley del más fuerte por la que se atropella a los débiles y por lo tanto la educación debe buscar ese desarrollo de rostro humano que globalice la conciencia solidaria y el espíritu comunitario. Esa pedagogía debiera introducir una conciencia a favor de estructuras que fomenten la equidad, la tolerancia, la ayuda mutua, el respeto y la responsabilidad en sus realizaciones prácticas frente al egoísmo, la violencia y la agresión y las decisiones económicas erradas y las fórmulas de dominación e injusticia.

La solidaridad en la sociedad actual ha de estar ligada a relaciones sociales de valoración simétrica entre sujetos personalizados y autónomos, capaces de considerarse recíprocamente.

El objeto fundamental de esa solidaridad debe ser atender a los desposeídos, a aquellos a los que no se les reconoce la categoría de ciudadanos o de personas, reconociéndoles su dignidad como personas y liberándoles de todas las formas que les opriman: dominación, manipulación, alienación.

Esta pedagogía solidaria a favor del desarrollo implica un reconocimiento recíproco que favorezca los procesos de autorrealización, la participación real y efectiva en ese horizonte de una ética solidaria, de carácter dialógico y comunicante, espíritu concientizador y crítico que se enfrente a todos los dogmatismos y fanatismos sectarios.

LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DEL DESARROLLO

En las últimas décadas los organismos internacionales han aprobado distintas declaraciones e incorporado a tratados este concepto de derecho fundamental de desarrollo que tiene una proyección a la vez sobre las personas y sobre los pueblos y en realidad está íntimamente interconectado porque sólo se pueden desarrollar las personas y sus capacidades en el marco del desarrollo de las comunidades en las que viven.

A la vez hay que insistir en el concepto de desarrollo integrado porque no se trata sólo del crecimiento material en bienestar económico y en algunos servicios como los de educación y vivienda sino en un clima de respeto mutuo, tolerancia y cooperación que cree una conciencia participativa y además de colaboración, promueva valores que favorezcan esa convivencia e incluso la motivación psicológica para mejor integrarse y sentirse parte activa en la construcción y la identidad de la comunidad en la que se vive.

En 1980 fundamos la Asociación Iberoamericana para la Integración, el Desarrollo y la Democracia Avanzada (AIDA) en la que participó el Juez argentino Salvador María Lozada y a la que también se adhirió el Presidente Colombiano Belisario Betancourt. En aquel texto fundacional nos preguntábamos *“¿cómo se puede ser ciudadano soberano una vez cada 4 ó 5 años y permanentemente un ser sometido, aterrorizado, objeto de transacciones mercantiles en el trabajo, en la convivencia vecinal, en la cultura?”*⁴

Curiosamente pocos años después, la Asamblea General de la ONU aprobó por la Resolución 41/128 la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, por 146 votos a favor, 6 abstenciones y 1 sólo voto en contra, el de EE.UU., (4 de diciembre de 1986).

Aquella declaración de 10 artículos se abrió indicando que la Asamblea General de la ONU...*“Reconociendo que el desarrollo es un proceso global, económico, social, cultural y político que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de la participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”*,

“Recordando los Acuerdos, Convenciones, Recomendaciones relativos al desarrollo integral del ser humano y al progreso y desarrollo económicos y sociales de todos los pueblos... “

“considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, y que, a fin de fomentar el desarrollo, deberían examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y

4 Colomer Viadel A. (1980). “Asociación Iberoamericana para la Integración, el Desarrollo y la Democracia Avanzada: Un proyecto para el futuro, “en: *Revista La Hora de Mañana*, Número 1 y 2, Barcelona, junio, pág. 38.

libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales,"

"confirmando que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones, proclama la siguiente declaración sobre el derecho al desarrollo".

La ONU inició desde entonces conferencias mundiales sobre el desarrollo vinculadas a su Comisión de Derechos Humanos y en estas estrategias de desarrollo aprobó en 1990 "El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo" (PNUD) por el que estableció un rango o clasificación entre los Gobiernos de acuerdo con parámetros sobre esperanza de vida, alfabetización, matrícula escolar y PIB de los países.

En 1993 se celebró en Viena un Congreso importante en esta materia y en 1995 se aprobaron medidas para eliminar obstáculos a la aplicación de la Declaración del Derecho al Desarrollo, mediante campañas de educación, participación de la población, etc.

En 1996 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su 52 período de sesiones y para favorecer el derecho al desarrollo consideró que éste debía vincularse a los distintos programas y agencias de la ONU: Hábitat, UNCTAD (Comercio y Desarrollo), ACNUR (Refugiados), PMA (Alimentos) y OMS (Salud).

En junio de 1997 la Asamblea General de la ONU aprobó que el Programa de Desarrollo exigía el respeto de los derechos humanos, instituciones democráticas, lucha contra la corrupción, representación transparente y responsable, participación popular, independencia judicial, imperio de la ley y paz social. Todo ello era rigurosamente indispensable para el desarrollo.

Esa estrategia mundial para el desarrollo ha sido reiterada sistemáticamente por Naciones Unidas y así en un informe a la Comisión de Derechos Humanos, en noviembre de 1997, se destacaba la importancia de la sociedad civil en la promoción del Derecho al Desarrollo, y que el derecho de los tratados tuviera precedencia sobre el derecho interno, además de aplicar medidas económico-sociales para evitar la exclusión por extrema pobreza y para ello que los grupos vulnerables tuvieran acceso a la tierra, al crédito y a medios de empleo.

Con el fin de alcanzar estos objetivos se pedía que hubiera un diálogo permanente entre el Alto Comisionado de la ONU para

los Derechos Humanos, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y otras instituciones financieras.

Del mismo modo, se recomendaban medidas efectivas de alivio de la deuda, lucha contra desigualdades y corrupción, mejorar la cantidad y calidad de la ayuda internacional al desarrollo y coherencia entre el derecho al desarrollo y el sistema internacional de comercio.

También se proponía un diálogo entre el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos y la OCDE.

En enero de 1998 y en el marco del programa de Naciones Unidas para el desarrollo, se insistía en la necesidad de medidas prácticas para ese derecho al desarrollo en forma de créditos, tecnología apropiada, estudios de factibilidad, etc.

En la lucha contra la pobreza también se proponían objetivos para mejorar la situación de la mujer y del medio ambiente y una buena gestión pública que evite se amplíe la brecha entre ricos y pobres. Para ello se proponía tanto aliviar la deuda de los países en vías de desarrollo como concederles preferencias comerciales a sus productos y en general, incrementar la cooperación al desarrollo.

La señora Mary Robinson, Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, declaraba ya a comienzos del siglo XXI que el desarrollo de los derechos humanos, es lo que evitaría los conflictos y que estábamos ante un círculo vicioso porque la violación de los derechos provocaba conflictos y éstos a su vez más violación de los derechos.

En medio de todos estos buenos propósitos sin embargo en los países menos adelantados que componen un 10% de la población mundial sólo sustentan el 0,3% del comercio mundial y los aranceles de los más poderosos provocan un intercambio desigual. Más de la mitad de todos los países en vías de desarrollo han sido dejados de lado en las inversiones directas de los países más desarrollados.

En suma, mil millones de personas siguen viviendo en la extrema pobreza con un solo dólar al día como medio de subsistencia y lógicamente otras capas de población están en la pobreza aunque no sea en la miseria absoluta.

El fenómeno de la mundialización actual es una visión individualista y mercantil de la realidad humana, sin preocuparse de las desigualdades económicas y sociales.

Se agravan además por un intercambio comercial injusto que aumenta el desequilibrio entre el centro y la periferia⁵.

Este derecho al desarrollo tanto individual como colectivo es un derecho humano que engloba al conjunto de los derechos y manifiesta la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de dichos derechos como ya se indicaba en la declaración y programa de acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993.

Debe quedar claro que el comercio es un medio y los derechos humanos y el desarrollo es un fin. Para alcanzarlo se necesita una seguridad jurídica basada en un orden jurídico internacional renovado en el que las reglas del derecho sean justas y acatadas por todos con el fin de que los poderes públicos sean controlables y fiscalizables por medios democráticos, bajo el imperio de la ley y con una lucha decidida contra la corrupción y la criminalidad tanto en el orden interno como en el orden internacional.

La paz justa implica ese respeto de derechos humanos y un desarme generalizado no sólo garantizaría mayor seguridad sino recursos disponibles para el desarrollo de las personas y de los pueblos en situación más débil.

Se trata de un cambio de mentalidad y de conciencia además de las transformaciones jurídicas siempre convenientes. Sólo así podremos llegar a una sociedad internacional equilibrada donde la convivencia sea posible a partir del respeto a la pluralidad de identidades y el reconocimiento del valor de la común condición humana⁶.

En relación con todo lo dicho hemos de retomar la preocupación por los pueblos de América Latina y la necesidad de su integración para alcanzar una masa crítica que les permita insertarse con garantías en este nuevo orden internacional globalizado, a la vez que operen las sinergias de cooperación para mejorar sus infraestructuras en orden de las comunicaciones, la energía, los recursos financieros y la educación de sus gentes.

5 Angulo Nicolás (2005). *El Derecho Humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, IEPALA, Madrid.

6 Colomer Viadel, A. (Coord.). *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e INAUCO. Madrid, 2000. Véase en particular el cap. I "La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales" de Antonio Colomer, págs. 13-23.

Hemos planteado la dualidad entre globalidad e integración desde los riesgos de la primera y las esperanzas de la segunda. Un intercambio regional a partir de la industria agroalimentaria para abastecer esa necesidad primaria para la población, y las mejoras en sanidad y vivienda, fortalecerían asimismo el entramado institucional y las garantías de los derechos fundamentales, mediante la emergencia de un derecho supranacional y unas instituciones de integración así como de órganos de solución de conflictos y de protección de los derechos que fuera un antídoto contra la corrupción y a favor de una justicia independiente e imparcial que es instrumento fundamental de esa seguridad jurídica. En ese horizonte de integración creemos que se encuentra el futuro de la salvación para América Latina que pasa necesariamente por fortalecer el derecho fundamental al desarrollo de sus gentes y sus sociedades⁷

BIBLIOGRAFÍA

ANGULO Nicolás (2005). *El Derecho Humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, IEPALA, Madrid,

COLOMER VIADEL Antonio (2012). "De los riesgos de la globalidad a las esperanzas de la integración", en: Colomer Viadel. A. *América Latina, Globalidad e Integración*, Volumen I, pp. 1-12, Ed. Del Orto, Madrid,

_____. (2011). *El retorno de Ulises. Una filosofía política alternativa*. Editorial Ciudad Nueva, Buenos Aires.

_____. y VERANO PÁEZ F. (Coord). (2011). *Manual de Capacitación sobre Economía Solidaria y Desarrollo Comunitario*, INAUCO, Ed. UPV, Valencia.

_____. (2006). *Comunidades y ciudades, constituciones y solidaridades*, Editorial UPV, Valencia, pp. 95-99.

_____. (Coord.) (2000). *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e INAUCO, Madrid, pp. 13-23.

_____. (1980). "Asociación Iberoamericana para la Integración, el Desarrollo y la Democracia Avanzada: Un proyecto para el futuro," en: *Revista La Hora de Mañana*, Número 1 y 2, junio, Barcelona, p. 38.

⁷ Colomer Viadel, A. "De los riesgos de la globalidad a las esperanzas de la integración" en Colomer Viadel. A. *América Latina, Globalidad e Integración*, Volumen I, pp. 1-12, Ed. Del Orto, Madrid, 2012.

LA VISITA ÍNTIMA: UN DERECHO DE LOS RECLUSOS BAJO EL SIGNO DE LA IGUALDAD

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos;
Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará;
Maestro, Doctor y Posdoctor en Derecho.

1. LA CUESTIÓN SEXUAL

La cuestión sexual, sobre la cual existe una vasta literatura, es uno de los más graves problemas que afectan el cotidiano de las prisiones. Apartado de su ambiente familiar y social, inmerso en un mundo promiscuo, novedoso, cimentado en reglas propias, impuestas por el grupo poblacional, el recluso tiene distintas opciones: podrá reprimir sus impulsos, protagonizar agresiones sexuales o, aún, voluntariamente o bajo coacción, involucrarse en prácticas de homosexualidad.

En la cárcel, ámbito cerrado, el sexo es substancial para la salud psíquica de sus moradores. En el libro *Mujeres Encarceladas*, Maud Fragoso de Albuquerque Perucci sostiene que la actividad sexual es “una necesidad natural de la persona humana” del mismo modo que “el acto de respirar, alimentarse o dormir...”¹

La privación *extra* de sexo, en grado especial cuando ocurre por lapsos prolongados (los estudios de Sigmund Freud son conclusivos en cuanto a eso), engendra, adentro, problemas en el plano individual –provocando desequilibrios psicológicos y estimulando comportamientos reprochables– y en el plano colectivo, dando curso a un clima de tensión y a consecuentes disturbios.

El rol de conductas anómalas es enorme. Además del homosexualismo y numerosas perversiones (como exhibicionismo, fetichismo, frotteurismo, masoquismo, pedofilia, sadismo, travestismo, voyeurismo y zoofilia), incluye el onanismo (masturbación), las violaciones y el lenocinio (rufianismo).

1 FRAGOSO DE ALBUQUERQUE PERUCCI, Maud, *Mulheres Encarceradas*, Editorial Global, São Paulo, 1983, p. 117.

Las violaciones son corrientes y tienen mucho que ver con el ejercicio del poder del cual vienen a ser una de las despreciables manifestaciones.

En la ley del hampa, el condenado por violación (especialmente de menores) sufre una venganza talionaria (“an eye for an eye and a tooth for a tooth” o “like for like”). Está en la legislación mosaica: se paga con la misma moneda (*par pari refertur*).

En ocasión de su ingreso a la prisión el joven, sobre todo el primodelincuente, suele ser asediado por presos que lo agriden sexualmente y muchas veces lo transforman, con asentimiento de los custodios, en mercadería para el vil comercio carnal. Es una de las peores aberraciones de la clausura.

Cuando uno de los internos decide proteger al novicio no lo hace por razones beneméritas; el intuio es convertirse en su *padrino*, lo que significa tenerlo como propiedad para uso exclusivo. Sin inclinación homosexual pero coaccionado por las circunstancias, el recluso se somete a su amo.

Entre los que son violados algunos pasan a apreciar las prácticas homosexuales; a otros, los *machos probados*, no les gustó y por ello las miran con malos ojos.

El rufianismo, a su vez, prospera por iniciativa de reclusos y custodios que venden a las mujeres (hijas, hermanas, esposas, compañeras) en un submundo que nutre el caldo de cultivo de sórdidas perversiones.

2. LA VISITA ÍNTIMA

En armonía con la aserción de Astor Guimarães Dias de que se efectúa “contra el detenido una castración legal, al privarlo del otro sexo”², se permite la visita íntima (o conyugal)³ en varios países de América Latina (Brasil, México, Chile, Perú, Nicaragua, Venezuela, Argentina) como forma de dar solución al problema del “Eros Encadenado”,⁴ de interrumpir la abstinencia, vista como un castigo accesorio o adicional, de mantener los nexos afectivos y matrimoniales y de asegurar el cumplimiento del principio de la

2 GUIMARÃES DIAS, Astor, *A Questão Sexual das Prisões*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1995, p. 15.

3 En España se llaman *vis-à-vis*.

4 La afirmación, de Sergio García Ramírez, consta CARRANCÁ Y RIVAS, Rául, *Derecho Penitenciario*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 499.

personalidad de la pena, ya que evita punir al cónyuge o compañero(a) inocente.

Sobre las ventajas comenta Elías Neuman:

“Un grupo considerable de autores como Jiménez de Asúa, Muzquis Blanco, Juan Agustín Martínez, Altmann Smith y Guimarães Dias, Lemos Britto, César Salgado, entre otros, son partidarios del sistema de visitas heterosexuales íntimas para el mayor número posible de reclusos. Las ventajas serían las siguientes: a) evitar las aberraciones y perversiones sexuales producidas en el encierro; b) mantener la disciplina de las prisiones, pues, advierten, la mayoría de los desórdenes se deben a problemas cuya raíz es de carácter sexual y de celos; c) otorgar una recompensa a la buena conducta del penado en el establecimiento; d) robustecer el lazo conyugal, pues evitaría que la mujer que requiera satisfacciones sexuales las resuelva mediante el engaño, a la vez que el preso no tendría crisis de celos. Estas consideraciones y otras parecidas –tal vez podría decirse que evitaría la propagación del Sida en prisión– constituyen el sostén de los argumentos que, de ordinario, figuran en los proyectos y reglamentaciones vigentes en distintos países donde la experiencia se efectúa o se haya efectuado.”⁵

No obstante sus ventajas, la visita íntima es criticada por autores como Eugenio Cuello Calón⁶ y Beltrán y no es admitida en muchos países europeos. En el Reino Unido constatamos la prohibición.⁷ Al

5 En NEUMAN, Elías, *El Problema Sexual en las Cárceles*, 3ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 142.

6 Al respecto véase: “...Bertrand en sus *Leçons pénitentiaires*, en una alusión directa a la cuestión sexual en las prisiones refiere que a comienzos del siglo XIX había en la prisión de New Gate (Londres), una cámara donde los presos podían recibir visitas femeninas. En la misma prisión, refiere V. Hentig, hacia 1724, el carcelero permitía la entrada de prostitutas en la sección destinada a personas de posición, *Die Strafe*, II, pág. 187. Fishman también relata que Thomas Mott Osborne, cuando era director de Sing-Sing, introdujo el sistema de visitas femeninas.” (CUELLO CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología [Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución]*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 503)

7 En el Reino Unido (que comprende la isla de Gran Bretaña –Inglaterra, Escocia y Gales– e Irlanda del Norte, fuera de algunas islas menores), además de la Torre de Londres, visité tres prisiones en el año 2001: *Bulwood Hall* – Una entre las dieciséis prisiones femeninas del Reino Unido, acoge a 180 mujeres, jóvenes y adultas, entre las cuales extranjeras y condenadas a cadena perpetua. Sus celdas son individuales y excepcionalmente dobles (es el

visitar la mayor prisión austriaca, en el año 2000, la mención de que en Brasil se la permite, una o dos veces a la semana, fue seguida de una sonora risa de admiración y mofa de mis anfitriones.⁸ En

caso de presidiarias con tendencia suicida, quienes se quedan con camaradas a las cuales se atribuye la misión de observarlas y aconsejarlas). Dispone de biblioteca (una extensión de la biblioteca de la comunidad local, con una bibliotecaria que comparece una vez por semana); talleres de trabajo (donde todas laboran y son remuneradas); aulas y salas de aprendizaje profesional (pintura, cerámica, diseños de moda y peluquería); canchas de deporte; gimnasio para musculación y ejercicio aeróbico; servicio médico y odontológico; cantina; capilla ecuménica (decorada con murales hechos por reclusos del sexo masculino), además de espacios para baño de sol y restaurante. En la prisión, encontramos a hombres desempeñándose como carceleros, una práctica común en el Reino Unido, donde las mujeres igualmente trabajan en los establecimientos masculinos. Las visitas ocurren una vez por semana, por el período máximo de dos horas; los presos se sientan en sillas de color amarillo mientras los visitantes lo hacen en sillas de color azul.

Grendon – De alta seguridad, con una población de 220 condenados, mitad de los cuales sentenciados a cadena perpetua, alojados en celdas unipersonales, se trata de una prisión terapéutica (con un departamento de investigación, una biblioteca, talleres de trabajo y áreas de recreación), a la cual van voluntariamente los presos con problemas de comportamiento y disturbios psicológicos, que permanecen bajo tratamiento intensivo (*community therapy*) como máximo por tres años, período en el que tienen acceso a un variado programa de orientación y toman parte en sesiones de terapia, en grupos de cinco a ocho personas, acompañadas de un asistente, en ambiente de gran tranquilidad. Junto con Alda Miranda Gant, residente en Londres, participamos en un encuentro con tres presos, cuando tuvimos la oportunidad de oírlos y formularles preguntas.

Belmarsh – Una de las mayores prisiones del Reino Unido, también de máxima seguridad, acoge a 800 reclusos, buena parte cumpliendo cadena perpetua. Antes de ingresar, estuvimos en el *visitor center*, unidad con mostrador de informaciones, cafetería, teléfono, etc. Destaque para la diversidad de las opciones de trabajo y recreación, así como la limpieza y el clima de absoluto orden y disciplina. En el pabellón de visita, donde también se destina al recluso una silla de color distinto de la de los visitantes, se percibe un esquema riguroso de seguridad: las sillas son numeradas y un funcionario tiene en sus manos un documento con la foto del preso y el número de su asiento. Desde la inauguración, en 1901, sólo hubo dos fugas, la última en condiciones peculiares: el fugitivo se hizo pasar por visitante y consiguió engañar a todos hasta alcanzar la libertad.

⁸ En el período del 10 al 17 de abril de 2000, integré la delegación oficial del Ministerio de Justicia, en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Viena. En el penúltimo día, 16, un domingo, en que buena parte de las actividades del Congreso habían sido interrumpidas, visitamos, junto con el Prof. Igor Metzeltin y el Dr. Otto Müller, ex Procurador General de la República (1987-1994) y Presidente de la Sección Austriaca de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la mayor prisión austriaca, la *Bundesjustizanstalt*, en el octavo distrito de Viena, con 1050 presos, el 45% de ellos extranjeros, siendo 600 encausados y 150 mujeres. Fundada en 1987, bien equipada

EE.UU., es vedada en la mayoría de los Estados y en las prisiones federales.

Si la propensión es considerarla un derecho, pese a ser limitado (así lo es en España, uno de los países de Europa que la adoptan, de conformidad con el artículo 53 de la Ley General Penitenciaria), en algunas legislaciones es vista como una recompensa, una regalía (el Código de Ejecución Penal del Perú dispone en su artículo 52: La visita íntima es un beneficio otorgado al interno que haya cumplido los requisitos que señala el Reglamento. Tiene por objeto principal el mantenimiento de las relaciones del interno con su cónyuge o, a falta de éste, con la persona con quien mantiene vida marital permanente).

Los mencionados requisitos son: haber cumplido el período de observación; poseer informe médico que le sea favorable; exhibir buena conducta reconocida como tal por el equipo técnico de tratamiento; no estar cumpliendo ninguna sanción de carácter disciplinario.

2.1. En Brasil

Aunque para muchos es un derecho garantizado por la Constitución Federal (de acuerdo con su artículo 5^o, “todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza...”), el derecho a la visita íntima (que ya se admitía en 1942 en la Penitenciaría Central de Rio de Janeiro) no está previsto en las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil ni en la Ley de Ejecución Penal (artículo 41), que se refiere solamente a la visita del cónyuge,⁹ de

y limpia, se localiza en el centro de la ciudad y cuenta con 355 funcionarios, entre los cuales se incluyen 290 agentes penitenciarios, asistentes sociales, médicos (prácticos, ginecólogos, cirujanos) y enfermeros. Recogidos en celdas colectivas (las individuales son reservadas a los de alto riesgo), los presos ejercen actividades laborales (remuneradas), se alimentan en los propios aposentos, disponen de cantinas donde pueden adquirir productos alimenticios y a diario tienen derecho a una hora de baño de sol. Las visitas son semanales, por el período máximo de media hora, en locutorios con vidrios que separan a los presidiarios de los visitantes, siendo prohibidos los encuentros íntimos. Según información suministrada por el jefe de los guardias de custodia, hay el registro de una única fuga, ocurrida durante la construcción del penal. En cuanto a las reclusas, alojadas en un sector aislado de los hombres, pueden mantener consigo a sus hijos de hasta tres años, en una área específica, asistidos por un equipo especializado.

9 Léase este registro precioso: “Hay un bello poema de Ho-chi Minh acerca de la visita de una mujer a su hombre prisionero: ‘El marido está detrás de las rejas de hierro./ La mujer está afuera, mirando hacia la celda./ Están tan cerca, los separan/

la compañera, de parientes y amigos en días determinados, la cual puede ser suspendida o restringida por un acto fundamentado del director del establecimiento.

En una interpretación más amplia de la ley, se ha entendido que la visita de que trata el artículo 41 abarca la íntima, sobre todo si se toma en cuenta que al condenado y al sometido a una medida de seguridad se le aseguran todos los derechos que la sentencia de condena o el ordenamiento jurídico literalmente no alcanza, a tenor del artículo 3º.

En el boletín del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCrim), Pedro Armando Egydio de Carvalho argumenta:

“La Ley de Ejecución Penal, de julio de 1984, afirma en su artículo 2º que el Código de Proceso Penal también es regla para el proceso de ejecución. Ahora, en ese Código, precisamente en el artículo 3º, se admite la interpretación extensiva, según la cual, para nuestro caso, un precepto de Derecho Penitenciario puede comprender una situación no explícitamente considerada por el legislador, desde que la exégesis no restrinja los derechos del condenado o agrave los apremios a aquellos a que ya está sometido.

En suma, tal interpretación sólo puede ser invocada a beneficio del recluso, jamás en su contra.

Pues bien, el artículo 41, X, de la LEP, dice a la letra: Constituyen derechos del recluso: visita del cónyuge, de la compañera, de parientes y amigos en días determinados.

Se percibe, entonces, que la regla invocada, de extender a una situación no expresada lo que se atribuye a otra semejante, permite sin gran esfuerzo establecer el derecho a la visita íntima a partir de la facultad general que el (la) recluso(a) tiene de recibir visitas de su cónyuge o compañero(a). Realmente, dado que la sexualidad es inherente a la persona, no sería razonable que el derecho de recibir visitas del ser con quien se comparte la intimidad se restringiera a la liturgia propia del encuentro con un pariente o amigo, en que los afectos de

unas pocas pulgadas,/ pero están tan distantes como el cielo/ y el fondo del mar./Lo que no dicen con palabras, sus ojos/ lo relatan./ Antes de cada palabra sus ojos se llenan de lágrimas./ ¿Quién puede presenciar este encuentro sin congoja?’ (Cuadernos de la cárcel, op. cit., p. 37, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones y Custodios*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 259)

cuerpo y de alma nunca alcanzan la naturaleza y el grado de secreto y misterio que enlazan a los cónyuges o compañeros.

Por otro lado, si el legislador, al decir que constituye derecho del(de la) recluso(a) la visita del cónyuge o compañero(a), no distinguió entre visita simple y visita íntima, no cabe al intérprete limitar esa facultad a la primera hipótesis, rotulando la otra de mera regalía, so pena de consagrar el principio, ya no más aceptado por la filosofía penitenciaria de los Estados Democráticos, de entender las normas que regentan la relación presidiario-Estado como propensas a la sistemática restricción de los derechos y garantías de quien padece la ejecución de una pena restrictiva de libertad."¹⁰

2.1. Proyecto de ley y Resolución del CNPCP

En trámite en el Congreso Nacional, el Proyecto de Ley n. 107, de 1999, de autoría de la Diputada Maria Elvira, altera el artículo 41 de la LEP, incluye la fracción XI (visita íntima) y modifica la numeración de los subsecuentes. En la justificación, asevera que dicha visita debe ser vista como un derecho y no como una recompensa y aduce que la abstención sexual, siendo forzada, causa daños y puede generar un desequilibrio en el individuo, agrandar la violencia, la belicosidad, las conductas disruptivas y el clima de tensión en la unidad.

En 1999, el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria recomendó, mediante Resolución, que fuese "asegurado el derecho de la visita íntima a los individuos de ambos sexos, confinados en los establecimientos penales." Después de considerar que la visita íntima es un "derecho constitucionalmente asegurado a los presos", estableció:

Artículo 1º. La visita íntima es la recepción por el recluso, nacional o extranjero,¹¹ hombre o mujer, del cónyuge u otra pareja, en el establecimiento prisional en el que estuviere recluido, en ambiente reservado, cuya privacidad e inviolabilidad fueren aseguradas.

Artículo 2º. El derecho de visita íntima es también asegurado a los casados entre sí o en unión estable.

10 EGYDIO DE CARVALHO, Pedro Armando, *Visita Íntima: Direito ou Regalia?*, *Boletim IBCCrim*, número 43, jul./96, p. 3.

11 Recomendación del Séptimo Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Milán, 1985): Se facilitarán los contactos de los reclusos extranjeros con sus familias y los organismos comunitarios, dándoles todas las oportunidades que sean necesarias para visitas y correspondencia, con el consentimiento del recluso.

Artículo 3º. La dirección del establecimiento prisional debe asegurar la visita íntima por lo menos una vez al mes.

Artículo 4º. La visita íntima no debe ser prohibida o suspendida a título de sanción disciplinaria, salvo en los casos en que la infracción disciplinaria estuviere relacionada con su ejercicio.

Artículo 5º. El recluso, al ser internado en el establecimiento prisional, debe informar el nombre del cónyuge o de otra pareja para su visita íntima.

Artículo 6º. Para habilitarse a la visita íntima el cónyuge u otra pareja indicada debe catastrarse en el sector competente del establecimiento prisional.

Artículo 7º. Incumbe a la dirección del establecimiento prisional el control administrativo de la visita íntima, como el registro en el catastro del visitante, la confección, siempre que posible, del cronograma de la visita, y la preparación del lugar adecuado para su realización.

Artículo 8º. El recluso no puede hacer dos indicaciones concomitantes y sólo puede nombrar al cónyuge o a la nueva pareja de su visita íntima después de la cancelación formal de la indicación anterior.

Artículo 9º. Incumbe a la dirección del establecimiento prisional informar al recluso, cónyuge u otra pareja de la visita íntima sobre asuntos pertinentes a la prevención del uso de drogas, de enfermedades sexualmente transmisibles y, particularmente, del Sida.¹²

Nótese que la Resolución versa sobre la visita íntima de reclusos o reclusas, intentándose con ello opugnar discriminaciones que, a despecho del principio de la igualdad, todavía pueden existir en cuanto a las mujeres. Sin embargo, no todos los Estados brasileños autorizan la visita íntima en las penitenciarías femeninas, ya que existe el recelo de que las internas puedan quedarse encintas. En cambio, no es mencionada la opción sexual. Me explico: no se especifica que el cónyuge u otra pareja sean del sexo opuesto, permitiéndose interpretar que la Resolución no veda la visita entre los homosexuales.

Algunos *de la acera de enfrente*, ostensivamente femeninos, son ninguneados por los demás reclusos. Suelen prestar servicios de sexo, lavar y planchar ropas, coser, cocinar, etc. Otros reclusos,

12 *Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, CNPCP, Brasília, 2001, pp. 77-78.*

víctimas de la violencia sexual, se afeminan en la cárcel. Hay también los que, discretos, muchas veces casados, con hijos, no se declaran abiertamente y los que se dejan abusar por sólo un recluso (que pasa a ser su *padrino*) para mejor purgar su pena.

Nada impide que el cuadro de victimización institucional se amplíe a los sometidos a la medida de seguridad o a un tratamiento psiquiátrico, aun porque constituiría un hito en su progreso terapéutico y la preservación de los vínculos de afecto y de los núcleos familiares.

2.1.2. Los cuidados y riesgos

Se establecen requisitos para acceder a las visitas íntimas y se recomienda proporcionar ropas de cama, toallas, jabones y papel sanitario, además de asegurar una buena ventilación y la ausencia de malos olores, humedad y fauna nociva.

Son comunes las revisiones a los internos y a los visitantes para impedir el ingreso de armas, municiones y drogas.

Por lo regular, son tomadas Iniciativas para alertar sobre los riesgos causados por la no adopción de prácticas de sexo seguro. Videos, exposiciones y manuales se utilizan para este efecto, con informaciones valiosas sobre uso de condones (facilitados por los centros), métodos anticonceptivos y enfermedades sexualmente transmisibles.

Aunque por lo general las visitas sean reservadas a casados o en unión estable (la pareja debe ser previamente registrada), son abiertas excepciones para solteros, autorizándose en algunos lugares, cuando no tienen relación estable, el ingreso de sexoservidoras.

2.1.3. El sitio

No menos remarcable es la cuestión del sitio donde los encuentros íntimos deban ocurrir. Si bien es preferible en recintos especialmente destinados a tal efecto (*casas de visita*), llamados *venusterios*, *moteles* o *locutorios* en Brasil, *conyugales* o *recámaras* en México (la legislación española señala que la visita íntima debe realizarse “en un establecimiento independiente y en buenas condiciones”¹³), muchos de esos sitios son las celdas (incluso las de castigo), desprovistas de luz adecuada y ventilación.

13 BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 200.

Es ilusorio imaginar la posibilidad de construcción o adaptación, en todas las prisiones, de unidades especiales (*salones de amor*), que se asemejen a una casa normal, de viso familiar, como unos pretenden; nada impide que la visita íntima se verifique en el interior de las celdas, aun de los alojamientos comunales, resguardándose los valores que deben orientar este procedimiento.

Relata el médico cancerólogo Dráuzio Varela, en *Estação Carandiru*:

“En una celda, cuando un único recluso reciba visita, todo el tiempo disponible es de él: pero si son varios, el horario es dividido en partes iguales. No hay necesidad de golpear la puerta; la puntualidad es británica. En las celdas mayores, con veinte, treinta hombres (nota del autor: hay registros de noventa en un espacio de pocos metros cuadrados), en las que no existe otra posibilidad sino la del uso concomitante, ellos improvisan espacios privativos y cuelgan frazadas como antiparas. Para encubrir las manifestaciones más exaltadas del arrebatado femenino, prenden las radios bien alto.”¹⁴ Y agrega: “Si hay disponibilidad económica y un poco de conocimiento, es posible recibir visita en otro pabellón, expediente utilizado para recibir a la esposa en la celda de origen, los sábados, y a la amante en un pabellón distinto, los domingos. El número de custodios es insignificante para cohibir la infidelidad.”¹⁵

Hay noticias de internos que pagan a servidores públicos para que puedan tener sexo con sus propias esposas o compañeras (o prostitutas) en las oficinas administrativas.

Elías Neuman nos cuenta que, en algunas cárceles de Argentina, algunos reclusos tienen relaciones sexuales en el patio, en el día de visitas. Una especie de biombo humano se forma, detrás del cual la pareja hace el amor, lo que puede ser visto desde los pisos más altos.¹⁶ De una escena semejante fui testigo presencial hace muchos años en la Casa de Detención de São Paulo (entonces no se admitía oficialmente la visita íntima). Una efígie de degradación que conservo todavía en mi memoria.

14 VARELLA, Dráuzio, *Estação Carandiru*, Editorial Companhia das Letras, São Paulo, 1999, pp. 61-62.

15 *Ibidem*, p. 62.

16 NEUMAN, Elías, *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal*, Editorial Universidad, 1994, Buenos Aires, p. 269.

2.2. En México

La visita íntima, en México (el país latinoamericano pionero en su implantación), es un beneficio (otorgado cuando hay merecimiento, y extensivo a presos de ambos sexos, bajo proceso y condenados) y no un derecho.

En muchos centros de reintegración social sólo se permite la visita de familiares, que ocurre en un área específica o en locutorios, no admitiéndose en ellos la visita íntima; ésta se prevé en el artículo 12 de las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del 90 al 94 del Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social y en el 81 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, donde existe desde 1924.

En *Las Mujeres Olvidadas*, publicado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Colegio de México, Elena Azaola y Cristina José Yacamán explican, reiterando los términos del artículo 12 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que la visita íntima tiene como finalidad mantener “las relaciones maritales del interno en forma sana y moral”, no debiendo ser concedida “de forma discrecional sino después de efectuar estudios médicos y sociales, mediante los cuales se descarte la posibilidad de situaciones que hagan desaconsejable el contacto íntimo.”¹⁷ Y alertan:

“Es preciso hacer notar la diferencia de criterios que, en relación con la visita íntima, se aplican en reclusorios varoniles y femeniles, pues mientras que en los primeros suele reconocerse este derecho, en los segundos tiende a limitarse como si, de manera inconsciente pero efectiva, la institución carcelaria hiciera las veces, se asumiera como la depositaria de la tutela de la mujer a la que a menudo, por ser delincuente, se le considera no sólo una mala madre... sino también incapaz de resolver su vida afectiva, de actuar en este terreno sin el consejo, la vigilancia y la asesoría de la institución.”¹⁸

17 AZAOLA, Elena y YACAMÁN, Cristina José, *Las Mujeres Olvidadas. Un Estudio sobre la Situación Actual de las Cárceles de Mujeres en la República Mexicana*, Editorial El Colegio de México, México, 1996, p. 53.

18 *Ibidem*, p. 55.

2.2.1. El sitio y otros aspectos

En muy pocos centros de readaptación social hay instalaciones propias para la visita íntima. Por eso ella se realiza ordinariamente en los dormitorios, improvisándose habitáculos de cartón, latón o lámina, cuando no se usan cobijas para la privacidad deseada.

Jorge Fernández Fonseca nos facilita algunos pormenores:

“La conyugal venía a ser hasta cierto punto, como un hotel de paso, pero de muy baja calidad. Las habitaciones consistían en un cuarto sin más muebles que una cama de madera, y en lugar de tambor, tablas, sin sábanas, colchas ni cobijas ni almohadas; un perchero para colgar la ropa, un lavabo y un excusado. Cada reo tenía que llevar su cobija y almohada, y se les permitía una permanencia de dos horas... Había pleitos por celos u otras razones, y con cierta frecuencia eran golpeadas las mujeres y algunas veces heridas. Los reos vendían a las esposas, amigas, hijas y hasta a sus madres. Las más de las veces, de común acuerdo con ellas, pues hay reos que nunca reciben visitas o muy de vez en cuando y les compran las mujeres a los que sí tienen... También estas visitas se presentaban para pasarles algunas cosas de contrabando, como drogas, armas y algunos otros artículos prohibidos. Se los pasaban metidos en la vagina o en el recto, o entre la comida que les permitían pasar, o como a veces pasaban con los hijos menores, se dio el caso de que un niño de 5 años se quejaba y lloraba insistentemente cuando la madre esperaba pasar a la visita; al llamar la atención fue pasado a la enfermería encontrando que la criatura tenía un cartucho con drogas metido en el recto. También había intercambio de parejas, un reo le pasaba su esposa a otro y éste a su vez le prestaba la suya. Para todas estas movidas, había que pasar ‘una corta feria’; es decir, unos billetes a los encargados de vigilar este lugar. En algunas ocasiones llegaron a haber algunos crímenes pasionales en este sitio...”¹⁹

Incumbe a la Oficina de Trabajo Social un conjunto de acciones relativas a la visita íntima como, por ejemplo: asistencia a aquellos que la solicitan; orientación e información acerca de su trámite; elaboración de solicitudes; recepción y revisión de los documentos correspondientes; encaminamiento del solicitante al sector médico;

19 FERNÁNDEZ FONSECA, Jorge, *La Vida en los Reclusorios: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México*, Editorial Edamex, México, 1992, pp.51-52.

evaluación del caso; confección de credenciales; supervisión permanente de la lista de los reclusos autorizados y su canalización a las autoridades institucionales; revisión diaria de las instalaciones, los movimientos de la población; actualización de expedientes, etc.²⁰

2.2.2. Las distorsiones

No obstante lo dispuesto en las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, la visita íntima se convirtió en muchas prisiones en un mero comercio.

Restricciones son impuestas para que se otorgue su autorización, pero la extorsión es la regla, teniéndose noticia de que se suele concederla a internos a quienes les “otorgan el permiso a cambio de una determinada cantidad de dinero que oscila entre 50 y 150000 nuevos pesos”, de esa suma debiéndose entregar al subdirector una cuota mensual “que varía según el volumen de población que albergue el establecimiento. Es el llamado ‘coordinador de la íntima’.”²¹

Se han constatado también serios obstáculos en la visita interreclusorios,²² lo cual dio origen a la recomendación 10/2002, de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), enviada al Secretario de Gobierno, en la que se registraron diversas quejas de quienes no tuvieron acceso a la visita íntima en base a “criterios discriminatorios, subjetivos e ilegales”.

2.2.3. La prohibición de discriminaciones y la observancia de principios

En los reclusorios capitalinos, conforme al artículo 8 de su nuevo Reglamento, se prohíbe la discriminación de cualquier tipo, basada en raza, religión u orientación sexual, por lo que se entiende sea admisible a los homosexuales requerir el beneficio de la visita íntima para su pareja.

20 GARCÍA ANDRADE, Irma, *Sistema Penitenciario Mexicano: Retos y Perspectivas*, Editorial Sista, México, 2000, p. 89.

21 BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN QUIÑONES, Luis F., *Las Cárceles Mexicanas. Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*, Editorial Grijalbo, México, 1998, p. 157.

22 Así se llama la visita cuando los cónyuges están ambos reclusos. Se habla también de visitas ordinarias (cuando el cónyuge libre comparece al penal), extraordinarias (cuando el beneficio es otorgado merced a su buen comportamiento) y foráneas (cuando la pareja vive en otra ciudad).

Por entender que su prohibición entre *gays* lastimaba los derechos de los reclusos y el principio de la no discriminación por preferencia sexual, afianzado en ley federal, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal la admitió expresamente en reciente recomendación.

Para Antonio Sánchez Galindo, algunos principios torales han de ser acatados:

- a) "Debe concederse sólo a la esposa, o en su defecto, a la concubina, o cuando más, a la amiga estable;
- b) Debe procurarse que los cónyuges estén sanos física y mentalmente;
- c) Las habitaciones serán individuales, amables y acogedoras;
- d) Debe darse el mayor respeto a la pareja y, en especial, a la esposa. El vigilante no debe permitirse la más mínima familiaridad con ella;
- e) Bajo ningún pretexto deberán concurrir a este tipo de visita prostitutas o amigas ocasionales;
- f) Sólo se permitirá el acceso a la misma recámara de 'niños de brazos' que tengan que ser amamantados por la esposa pero adecuadamente separados del lecho conyugal;
- g) Para niños mayores deberá existir una guardería o dormitorio separado completamente;
- h) La mujer en prisión tendrá igual derecho, sólo que deberá sujetarse a planificación familiar."²³

3. UN TESTIMONIO

La agresividad sexual, la homosexualidad, la práctica solitaria (o colectiva) de la masturbación, subproductos de la carencia de la visita íntima, sugieren que ésta siga siendo adoptada en las prisiones masculinas y femeniles. En este sentido he aquí el testimonio de un preso anónimo:

"Es importante que el penado se sienta a su gusto con su esposa. Por algunas horas, tener una relación sexual. Él se siente como un animal enjaulado... Así será capaz de olvidar

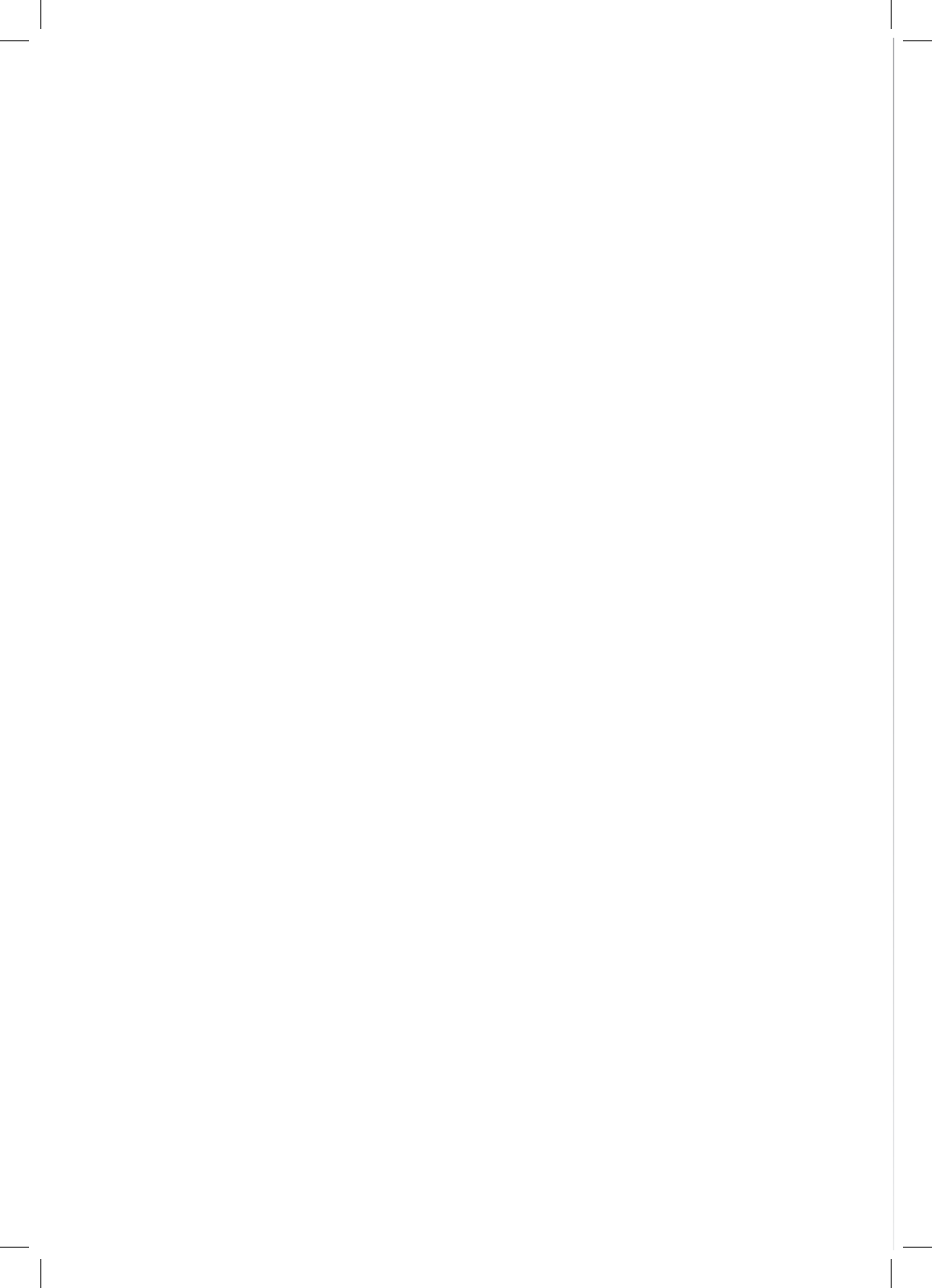
23 SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Cuestiones Penitenciarias*, Ediciones Delma, México, 2005, pp. 78-79.

un montón de cosas que rondan por su cabeza. Se siente más valorado, más confortado. Una vida más normal y humana."²⁴

Innegablemente es un avance que, pese a los desvíos invocados por sus antagonistas, debe preservarse en nombre de un ideal perseguido por los penitenciaristas, con la obstinación de una sombra: el respeto a los derechos humanos de los reclusos.

Nota: Fragmento (preservado en su forma original) del libro *La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor*, Editorial Porrúa, México, 2009.

24 OLIVEIRA, Odete Maria de, *Prisão: Um Paradoxo Social*, Editorial de la UFSC/Asamblea Legislativa del Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 1984, p. 213.



EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, LA NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS

Humberto Nogueira Alcalá¹

Prof. Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca (Chile),
Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; Vicepresidente
del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
Director del Centro de Estudios Constitucionales (Santiago de Chile).

1. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la *igual dignidad de toda persona humana*, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial, constituyendo la igual dignidad de toda persona el fundamento de todos los derechos fundamentales, del orden constitucional, como asimismo constituye un principio de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su preámbulo, parte “*Considerando que, conforme a los principios enunciados por la Carta de 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*”, como, asimismo, reconoce “*que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*”.

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, precisa en su preámbulo 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*

1 Correo electrónico del autor: nogueira@utalca.cl.

o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

El reconocimiento y aseguramiento de *la igual dignidad de todas las personas* es independiente de la edad, capacidad intelectual o estado de conciencia. Esta igual dignidad se predica respecto de todas y cada una de las personas o seres humanos y no de las personas jurídicas.

Una noción de *la igual dignidad de los seres humanos* es aquella que se predica como un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines.

En virtud de esta igual dignidad común a todos los seres humanos se fundamentan los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana, que igualmente pertenecen a cada uno y a todos los seres humanos por tener la dignidad de seres humanos, de personas. Ello nos permite ya una primera afirmación con consecuencias jurídicas prácticas en el ámbito constitucional, que es el de que siempre *la dignidad de la persona* esta por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones.

Dicha dimensión está expresa y claramente recogida en el constitucionalismo histórico chileno y en nuestra Constitución vigente, especialmente en las bases de la institucionalidad, artículo 1°, el cual determina que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido sustantivo objetivo que, en cuanto componente axiológico del orden constitucional, vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico².

La segunda faceta del principio de igualdad consiste en el derecho a *la igualdad ante la ley*, aspecto sobre el cual concentraremos el análisis de este trabajo, considerando su sentido y alcance jurídico,

2 Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.

como asimismo sus implicancias con el principio de no discriminación y las acciones positivas.

La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación.

El principio y derecho a la igualdad se proyectan siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.

La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares.

La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador³.

2. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La igualdad ante la ley constituye una segunda perspectiva que adopta la igualdad en el ámbito constitucional de los estados como en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito interno de los estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la declaración de la independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la revolución francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos.

Esta dimensión, en perspectiva histórica, lleva a eliminar la esclavitud como expresión del desconocimiento de la dignidad humana y la igualdad esencial de las personas. En el ordenamiento jurídico chileno ello se reflejó tempranamente, en 1811 se declaró la libertad de vientres y la Carta Fundamental de 1823 abolió la esclavitud⁴ y en homenaje a ello, los textos constitucionales

3 Cruz Villalón, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°25, Madrid, 1989. pp. 35 y ss.

4 Sobre la materia ver Andrade Geywitz, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1963. pp. 172 y ss. Molina Guaita, Hernán. *Derecho Constitucional*. Lexis Nexis, Santiago, 2006. p. 261.

posteriores, Incluso el actualmente vigente han mantenido dicho principio. Así, el artículo 19 N°2 de la Constitución chilena vigente asegura a todas las personas:

“2. la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Esta *igualdad básica de naturaleza de todos los seres humanos*, asumida por los ordenamientos jurídicos, exige eliminar las discriminaciones en el ámbito sociológico, prohibiendo toda distinción basada en aspectos subjetivos de las personas *por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.

La introducción de la frase *“Hombres y mujeres son iguales ante la ley”*, en la reforma constitucional de 1999⁵, más que introducir un elemento sustantivo nuevo, constituyó el cumplimiento de tratados internacionales que obligaban formalmente a establecer específicamente el principio en el texto constitucional, como asimismo, por razones de lenguaje constitucional, con el objeto de establecer un lenguaje equitativo y no discriminatorio en materia de género, lo que llevó también a sustituir las expresiones *“hombres”* por *“personas”* en el artículo 1°, inciso 1° de la Constitución, en la misma reforma.

Además de su regulación en los ordenamientos constitucionales y legales de los estados, tal derecho queda estampado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la igualdad ante la ley se positiva en un derecho humano y se constituye en un principio imperativo de derecho internacional o principio de *ius cogens* a la no discriminación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinará en su artículo 26, que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas*

5 Ley de reforma constitucional N° 19.611 de 16 de junio de 1999.

o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, en forma más escueta, en su artículo 24, determina que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*. La misma convención en su artículo 1° ya había precisado que *“1. Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Es necesario precisar la existencia de un *núcleo duro de la igualdad* establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24°; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1°) como son el de que *la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas*.

Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas, o otro criterios prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario.

Por tanto, toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso.

La jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales avala esta perspectiva, a manera ejemplar puede señalarse una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual precisa:

“Que, por lo que toca a la igualdad ante la ley, es útil dejar en claro que ella requiere una aplicación a todos los habitantes

de la república de manera uniforme y sin discriminaciones injustas o arbitrarias en cuanto a su interpretación, valoración y alcance de sus efectos jurídicos e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente particulares”⁶.

La prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo, a la autonomía privada.

El artículo 19 N°2 de la Constitución en armonía con el artículo 5° inciso segundo y el contenido de los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, exige un test de control de constitucionalidad riguroso del principio y derecho de igualdad, cuando el factor diferencial es de carácter subjetivo como la raza, la religión, el nacimiento, la ideología, entre otros aspectos. En tales casos la carga de la prueba corresponde a quienes sostengan la legitimidad de la diferenciación en base a tales factores⁷. En este ámbito no opera el principio de presunción de constitucionalidad de las normas legales.

2.1 Un cambio de paradigma: de la igualdad mediante la ley al derecho de igualdad por la ley sometida a la Constitución y los derechos humanos

En una perspectiva evolutiva histórica, el pensamiento liberal que impregnaba el constitucionalismo del siglo XIX y primera parte del siglo XX, conectaba el principio de generalidad de la ley y el principio de igualdad, prohibiendo toda forma de diferenciación, generando como consecuencia jurídica la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos individuales. Inicialmente la igualdad ante la ley implicaba solamente igualdad en el *contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna*. Tal perspectiva buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes monárquicos y la estructura social estamental.

6 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de abril de 1998, considerando 11; confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de mayo de 1998. XCV Revista de derecho y jurisprudencia, 2p. Sección 5, p. 91.

7 Suay Rincón, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985. p. 168.

La ley era el único “tertium comparationes” jurídicamente relevante. Ello imponía a la ley misma, algunas condicionantes como son su generalidad, su abstracción y su duración indefinida. “La ley es igual para todos por que es general y abstracta, pero el legislador al establecerla, no tiene otros límites, que derivan de esta estructura necesaria, respetada la cual puede dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia ficticia que la realidad ofrezca. El principio de igualdad exige la aplicación de la ley, pero en modo alguno se puede hacer derivar de él una protección jurídica frente al legislador”⁸. La igualdad es entendida durante el siglo XIX y principios del siglo XX como mera realización de la legalidad, sin referencia a dimensiones valóricas superiores.

Los órganos judiciales eran aplicadores de la ley (actuaban “segundum legem”) y, en consecuencia, el único derecho de las personas es el derecho a la legalidad, el estar igualmente sometidos a la ley.

Esta dimensión histórica decimonónica de la igualdad ante la ley constituye la facultad de toda persona para defenderse frente a normas estatales que diferencien en forma arbitraria o irrazonablemente su regulación jurídica frente a otros que se encuentran en las mismas circunstancias.

Esta perspectiva fue insuficiente e ineficaz, ya que omitía toda consideración sociológica como son las circunstancias económicas, sociales, culturales y educativas que condicionaban la vida real de las personas, excluyendo elementos básicos para la comprensión y tratamiento de la realidad social, reproduciendo o acentuando las graves disparidades en el ámbito socio-económico⁹.

Frente a esta realidad se desarrolla la crítica democrática de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir la graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndose la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos,

8 Rubio Llorente, Francisco. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 31, Madrid, España, 1991. p. 20.

9 García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial, Madrid, 1977. pág. 23. Ver asimismo, Gómez Sánchez, Yolanda. 2003. *Derechos y libertades*. Ed. Sanz y Torres, Madrid, p. 134.

como asimismo, se asume la injusticia de tratar de igual forma a quienes se encuentran ante distintas realidades sociales relevantes, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, como asimismo, la tarea promotora del Estado para disminuir las desigualdades materiales y generar las condiciones sociales que posibiliten la igualdad de oportunidades.

Ello implica un *cambio de paradigma*, se pasa de la concepción del Estado formal y liberal de derecho a la concepción del Estado material y social de Derecho, como asimismo, se pasa del Estado legal al Estado constitucional. En esta nueva concepción la *igualdad constituye el núcleo básico de la justicia, del derecho justo*.

Es el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial el que incorporará la vertiente de la igualdad en el contenido de las leyes, como el complemento de la igualdad formal con la igualdad de oportunidades, complementando el primero como asimismo, transformándolo parcialmente.

Ello posibilita *el paso de la igualdad mediante la ley a la garantía de la igualdad por la ley y en la ley dentro del marco constitucional, el legislador queda vinculado por el derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe darle a las personas*. El legislador no es más la medida de la igualdad, sino que el legislador esta sometido al principio de la igualdad, a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

Así puede sostenerse que *la igualdad tiene un carácter histórico y relacional*.

El carácter histórico de la igualdad esta dado por las distintas concepciones de la igualdad a través del tiempo, como hemos visto, la concepción de la igualdad del siglo XIX no es la misma del siglo XXI. A través del proceso histórico las concepciones de la igualdad cambian.

Asimismo, la igualdad tiene un carácter *relacional* porque es en la relación entre las personas donde se manifiesta la igualdad y la desigualdad, en la medida que su contenido viene dado siempre respecto de relaciones jurídicas concretas, donde es necesario que actúe un determinado parámetro¹⁰.

10 Sosa Sacio, Juan Manuel. "El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", En *Revista Peruana de Derecho Público*, año 6 N° 11, julio-diciembre 2005, p. 166.

Así se señala que *el derecho a la igualdad no tiene un carácter autónomo, sino relacional*, ya que opera para asegurar el goce efectivo del conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico, a partir de la Carta Fundamental, reconoce y asegura a todas las personas.

El derecho a la igualdad ante la ley, *en una perspectiva jurídica* significa que, *en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo*.

2.2 El derecho a la igualdad como prohibición de discriminación o de diferencias arbitrarias

El derecho a la *igualdad ante la ley y en la ley* constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias.

En el plano de la aplicación, *la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación*, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas¹¹.

Las *diferencias que corresponden a otros ámbitos ajenos al núcleo duro* (condiciones subjetivas de la igualdad) como son las condiciones objetivas, *pueden ser regulados por el legislador, pero estas diferenciaciones de tratamiento de personas o grupos de personas deben estar justificadas racionalmente*. La discriminación, la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos.

Así surge también en el derecho internacional de los derechos humanos el *principio de no discriminación* como uno de los derechos más básicos del ser humano, el cual ha sido elevado a la categoría de *Ius Cogens*, el que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados.

En el plano interno de los estados, los ordenamientos constitucionales aseguran también esta dimensión de la igualdad ante la ley. La Constitución chilena la contempla en el artículo 19 N°2, inciso segundo, el cual asegura a todas las personas que:

11 Ver Rubio Llorente, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Ed. Ariel, Derecho, España, 1995. p. 110 -111.

“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

Parte de la doctrina diferencia discriminación y diferencia arbitraria.

La discriminación sería un ataque o conducta desviada más profunda que la mera diferencia sin fundamento, sería una distinción manifiestamente contraria a la dignidad humana, fundada en un prejuicio negativo, por el cual se trata a los miembros de un grupo como seres diferentes y, eventualmente, inferiores, siendo el motivo de distinción odioso e inaceptable por la humillación que implica a quienes son marginados por la aplicación de dicha discriminación¹². En esta perspectiva, las causas de discriminación son aquellas que tienen las personas independientemente de su voluntad tales como su origen, sexo, raza, idioma, condición social, como aquellas asumidas voluntariamente por las personas, que constituyen manifestaciones esenciales de su personalidad, las cuales llegan a constituir derechos fundamentales, como son las discriminaciones producidas con motivo de concepciones religiosas, ideológicas, filiación política, opción sexual, entre otras¹³.

El derecho a no ser objeto de discriminación ha sido aplicado en diferentes casos por los tribunales de justicia respecto de actos tanto de autoridades como de sujetos privados. Un ejemplo expresivo ha sido un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema de Justicia, en que una señora de origen coreano le fue impedida su entrada a la institución *Piscina Mund*, en la que se brindaban servicios al público de baños turcos y de cajón, en temporada invernal. La persona afectada presentó una acción constitucional de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Dicha Corte, haciendo una correcta aplicación del bloque constitucional de derechos fundamentales respecto del derecho a la igualdad ante la ley, asegurados por vía del artículo 19 N°2 de la Constitución y por los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes, determinó:

12 Bilbao Ubillos, Juan Maria y Rey Martínez, Fernando. “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”, En Carbonell, Miguel (compilador). *El principio de igualdad constitucional*. Comisión Nacional de Derechos humanos, México. 2003. p. 111.

13 Soriano Torres, Marta. “La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación”. En Anales de la Facultad de Derecho N° 19. Universidad de La Laguna, diciembre de 2002, p. 260.

“Que el hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar en un lugar público o de atención al público en general, sea gratuito o pagado, basadas en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural implica un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativos a derechos humanos, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y Convención Americana sobre Derechos Humanos que son leyes de la república en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

Que por mucho que se haya invocado, para impedir el acceso a una persona de una determinada nacionalidad al centro de salud de que se trata, el hecho que las costumbres alimenticias de las personas de esa nacionalidad hacen que tenga mal olor, o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menor cierto que, además de significar la conducta de los responsables del centro de salud..... una discriminación racial, resulta además una actuación injusta y atentatoria a la dignidad humana. Injusta por cuanto por aquello en que incurrieron otros de la misma nacionalidad o grupo étnico de la denunciante, se le hizo a ésta acreedora de una sanción moral; atentatoria a la dignidad humana pues la referida discriminación y los razonamientos para justificarla implican además una injuria en menoscabo de una persona y de todos los componentes de un grupo racial”¹⁴.

La discriminación es así la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado.

El principio de no discriminación puede formularse de la siguiente forma: *“a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”¹⁵.*

14 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de abril de 1993, Rol N° 486-93, considerandos 1 y 2, confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de septiembre de 1993, Rol N° 621.

15 Rabossi, Eduardo. Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación. *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, N° 7, Madrid, España, 1990. p.179.

En la misma perspectiva lo ha asumido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia chilena, estableciendo que por

“discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”¹⁶.

Así, cuando nuestro artículo 19 N°2, en su inciso final, precisa que *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*, debemos interpretar que ninguna autoridad, consideradas todas aquellas establecidas por la Constitución y el ordenamiento jurídico, toda persona que ejerza poder público dentro del ámbito legislativo, de gobierno de administración o jurisdiccional tiene prohibido establecer normas y acciones discriminatorias. Asimismo, la igualdad no es sólo frente a la ley, sino que es frente al derecho: la Constitución, la ley, los reglamentos, los auto acordados y cualquier otra norma jurídica¹⁷. No debe olvidarse que los derechos constituyen *límites a la soberanía*, como expresa imperativamente el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

El legislador debe tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferenciadamente a quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diferentes.

La igualdad consiste así en una relación, la que debe ser justa, ajena a toda arbitrariedad o diferenciación sin justificación racional y razonable.

Así surge el principio o regla en materia de igualdad ante la ley de que *las situaciones iguales deben ser tratadas iguales* y que *las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente*, siendo *inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes*, como asimismo, *es inconstitucional tratar diferentemente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica*.

16 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de mayo de 1991, considerando 4°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXXVIII, 2°, pág. 182.

17 Molina Guaita, Hernán. *Derecho Constitucional*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006. p. 261.

Estos principios habilitan al legislador para establecer preceptos legales referentes a diferentes hipótesis jurídicas que afectan a grupos humanos diversos atendiendo las particularidades de cada situación concreta, siempre que se basen en aspectos relevantes y razonables.

Es así como el Tribunal Constitucional Chileno en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol N° 28 establece que *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”*¹⁸.

Por otra parte, el mismo criterio es sostenido por la Corte Suprema Chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988 donde establece, *“la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”*¹⁹

En otra sentencia, en que analiza la constitucionalidad de diversas disposiciones que modifican la LOC de Municipalidades, el Tribunal Constitucional chileno determinó:

“El derecho a percibir una remuneración o sueldo está siempre ligado al ejercicio de un cargo; esto es lo normal y por consiguiente es lo que corresponde aplicar en la generalidad de

18 Blanc, N; Nogueira, H; Pfeffer, E; Verdugo, M. La Constitución chilena. Tomo I. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1990. p. 97. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de diciembre de 1994, Rol N° 203, considerando 11°.

19 Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional. Tomo I.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1994. p. 210, cita 30.

las funciones públicas. Si todos están sometidos a esta norma básica, se quiebra esta igualdad cuando se dispone por una ley y en forma infundada que un funcionario, que no obstante no ejercer su cargo, por el solo hecho de estar postulando a la posible renovación del mismo, tenga derecho a continuar percibiendo la remuneración correspondiente al cargo que no se encuentra ejerciendo.

En el caso específico que propone el proyecto se infringe la garantía constitucional en comento, como quiera que sin que medie una causal razonablemente justa o idónea para obtener el referido privilegio, se da el caso de que unos mismos funcionarios que, estando en la misma situación, aparecen, sin embargo, en desigualdad de condiciones respecto de la exigencia de desempeñar el cargo para tener derecho a percibir sus remuneraciones”.²⁰

A su vez, en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 49 de 1982, ha establecido que:

“La igualdad, a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad económico y efectiva, significa que a los supuestos de hechos iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir un suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.

“La regla general de igualdad ante la ley contempla, en primer lugar la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”.

Una Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, caso “Empresa Singer”, de Noviembre 1995, estableció que “El hecho de

20 Sentencia del Tribunal constitucional Chileno, Rol N° 145, de fecha 26 de mayo de 1992, considerando 6°.

pertenecer a un sindicato no puede dar origen a la discriminación en materia de sueldos y prestaciones sociales. No resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una u otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato".²¹

Tal como la jurisprudencia constitucional lo demuestra, es el *juicio de razonabilidad* dentro del cual deben ser entendido el principio de igualdad. No en vano ha señalado, por ejemplo el Tribunal Constitucional Italiano, que el principio de igualdad es reconducible a esa exigencia de coherencia interna del ordenamiento jurídico que se presenta como un valor esencial para la cultura de la que él mismo es expresión (Sentencia 30 de diciembre de 1982; N° 204, Foro It. 1982, I, 1981).

La razonabilidad implica que sólo se autoriza la intervención en un derecho fundamental cuando hay un fundamento que lo autorice, la razonabilidad implica prohibición de arbitrariedad.

En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado que: *"Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes lo que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que este persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional"*²²

Así la igualdad ante la ley tutela a las personas frente a los eventuales privilegios, a los actos y normas discriminatorias o sin fundamento racional o justo, como asimismo, ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico

En otra sentencia del Tribunal Constitucional Español, la n° 144 de 1988, se establece lo siguiente:

"El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de

²¹ Venegas Castellanos, Alfonso. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Editores AVC Colombia, 1996, p. 181.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, EXp. N° 045-2004-PI/TC, considerando 23.

modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

En la sentencia señalada a modo ejemplar se realiza sólo un análisis de la arbitrariedad, en estos casos la igualdad se vulnera cuando no se encuentra una razón objetiva para establecer una regulación jurídica diferenciada, por lo cual dicha regulación jurídica debe ser considerada arbitraria. No existe así la posibilidad de introducir elementos o factores de diferenciación cuando este último carece de racionalidad, cuando no es necesario el factor diferencial para la protección del bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger.

Sin embargo, hay casos difíciles, en los cuales hay un mandato de trato igualitario a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, lo que lleve al trato igual a pesar de la diferencia, que se basa en el principio de prohibición de discriminación. Asimismo, también hay un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran en posiciones en parte similar y en parte diferente o diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes, lo que lleva al trato diferenciado a pesar de las similitudes, aquí nos encontramos con el deber de promoción del bien común (artículo 1 inciso 4 de la Constitución chilena) y de igualdad de oportunidades o protección de los desfavorecidos como deber estatal (inciso final del artículo 1° de la Constitución chilena). Siendo estos los casos que se generan problemas interpretativos, no los casos fáciles.

Los casos son difíciles porque la prohibición de discriminación y el deber de promoción de establecer una efectiva igualdad de oportunidades son conceptos jurídicamente indeterminados o vagos, ya que no existe claridad cuando un trato diferenciado de varios grupos se encuentra permitido, prohibido o es obligatorio desde una perspectiva constitucional, ni como deben ser reparadas las violaciones al principio de igualdad²³. Corresponde al Tribunal

²³ Sobre la materia ver, Gonzalez Beilfuss, M. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

Constitucional determinar dicho contenido, enjuiciando la constitucionalidad de leyes, normas y actos administrativos. Dicha determinación se realiza mediante la fundamentación y concreción de una norma adscrita²⁴, que también pueden denominarse subreglas constitucionales. Ello no implica que el Tribunal Constitucional pueda generar discrecionalmente normas adscritas o subreglas constitucionales, ya que ellas solamente serán legítimas cuando resulten de una fundamentación correcta, basada en el texto de la Constitución y sus principios.

Durante mucho tiempo, las jurisdicciones constitucionales operaron con la aplicación del principio de no aceptar diferencias arbitrarias, posición que era liderada por el tribunal constitucional alemán, asumiendo la postura doctrinaria de Leibholz en la época de Weimar, que sostenía que el principio de igualdad se vulneraba cuando la disposición enjuiciada debía ser catalogada como arbitraria²⁵.

Dicho criterio cambiará a inicios de la penúltima década del siglo XX, incluyendo en el análisis el principio de proporcionalidad²⁶.

2.2.1 La consideración del principio de proporcionalidad como parte del análisis de la infracción de la igualdad ante la ley

Sin embargo, el principio de igualdad no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional. La igualdad ante la ley tiene un *carácter relativo y proporcional*. En efecto, cuando se establece una diferenciación basada en grupos de personas o una diferenciación referidas a circunstancias que se traduce en tratamiento desigual de personas, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al *principio de proporcionalidad*, ya que ese trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos.

El *principio de proporcionalidad* no se encuentra previsto de una manera expresa en el texto constitucional chileno, este se deduce, está implícito en las reglas del Estado de derecho, siendo un principio

24 Sobre la materia ver: Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad*. Op. Cit. I,III, 2.2.

25 BVerfGE 1,14 (52).

26 BVerfGE 55, 72 (88). Ver asimismo, Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. pág. 261.

inherente a este²⁷. Asimismo, el principio de proporcionalidad emerge, además de los principios elementales del Estado de derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico, del artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena en cuanto garantía frente al legislador que puede afectar el contenido esencial de los derechos, formando parte de la dogmática de los derechos fundamentales, en que el Estado y sus órganos se encuentran vinculados por los derechos fundamentales.

Como señala Barnes, pese a la “moderna formulación técnico-jurídica, relativamente reciente, la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, en la historia del pensamiento jurídico”²⁸.

Serán las cortes internacionales de derechos humanos las primeras en utilizar el principio de proporcionalidad en materia de igualdad ante la ley, cuando el legislador regula aspectos vinculados con el derecho a la igualdad ante el ordenamiento jurídico.

Vale la pena en esta materia recordar, entre otras sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, el “caso Alejandra Marckx”, sentencia del 13 de junio de 1979, en la cual se reclamaba de las diferencias de tratamiento en el Código Civil Belga ente hijos legítimos e ilegítimos, donde el Tribunal Europeo concluyó que si bien es legítimo apoyar a la familia tradicional no debe recurrirse con tal objetivo a medios que causen perjuicios a la familia natural. De tal manera que se consideró que dicha norma del Código Civil Belga era contraria a la igualdad, por ser una medida desproporcionada y por haber otros medios más adecuados para reforzar la familia tradicional, considerándose ilegítimo limitar los derechos sucesorios de los hijos naturales, al no estar dicha medida justificada objetiva y razonablemente.

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso relativo a ciertos aspectos de las leyes en el uso del lenguaje en educación en Bélgica (Merite), sentencia del 23 de julio de 1988, estableció: “la igualdad de trato queda violada cuando la *distinción carece de justificación objetiva y razonable*. La existencia de una justificación semejante debe *apreciarse en relación con la finalidad*

27 Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública* N° 5, España, 1994. p. 500.

28 Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad”, en *Cuadernos de Derecho Público* N° 5, España, 1998, p. 11.

y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en la sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el art.14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado en el que, en calidad de parte contratante, responde la medida impugnada”.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1984, a petición del gobierno de Costa Rica, desarrolló la Opinión Consultiva N° 4, referente a una posible norma constitucional en la cual se establecía que la mujer no costarricense que contrajera matrimonio con un costarricense obtendría en ciertas condiciones la nacionalidad del marido. La Corte Interamericana en dicha Opinión Consultiva N°4 declaró dicha cláusula discriminatoria, teniendo como fundamentos, entre otros, los siguientes: “no habrá, pues discriminación si una distinción de tratamiento esta orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón y a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos hechos sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionando una fundada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que la circunstancia de hecho pueda ser más o menos difícil de apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar una mayor o menor grado de distinción que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en la que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”.

El principio de proporcionalidad lo desarrolla la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, expandiéndose en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos. En efecto, el Tribunal Constitucional alemán sostendrá que, de la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que, de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad, se vulnera el principio y derecho a la igualdad “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente”²⁹.

El principio de proporcionalidad en términos generales es conceptualizado como prohibición constitucional de medidas excesivas, el cual se descompone en tres subprincipios:

- a) *Subprincipio de adecuación*. Este subprincipio exige que el legislador utilice medios idóneos que tiendan al objetivo legítimo y constitucional propuesto por la legislación, siendo coherente el medio con el fin. La idoneidad es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. En el caso del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el escrutinio consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal por el legislador conduce a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. En caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional.
- b) *Subprincipio de necesidad*. Este subprincipio exige al legislador utilizar aquel medio legislativo de entre los posibles que siendo necesario para el logro de la finalidad perseguida, afecte menos los derechos e intereses de las personas, lo que exige al legislador aplicar aquella medida legislativa más moderada que logre el propósito buscado teniendo la eficacia necesaria. La regla es la utilización del medio legislativo alternativo menos restrictivo de los derechos e igualmente eficaz para alcanzar el objetivo propuesto. Se trata de un escrutinio de una relación medio-medio, de una comparación entre medios. Se parte de

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Federal alemán, Primera Sala, BVerfGE 55 72(88), de fecha 7 de octubre de 1980.

la comparación entre medios idóneos, aquel que ha escogido el legislador y otros medios alternativos idóneos. El análisis sobre los medios alternativos se realiza en relación al objetivo del trato diferenciado. Si del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación, o que, interviniendo en ella, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad.

c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación.* Este subprincipio exige al legislador ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común. En el caso que nos interesa, el análisis del trato diferenciado, concite en la comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y el grado de intervención en la igualdad, lo que debe realizarse de acuerdo a una ponderación, la cual implica que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción de otro. La ponderación en el caso de la igualdad supone la colisión entre el derecho igualdad y el fin constitucional del trato diferenciado. Así cuanto mayor sea la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple la medida legislativa de intervención en la igualdad será constitucional, por el contrario, en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. El legislador debe evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o excesivamente gravosos.

Los tres subprincipios deben aplicarse sucesivamente, primero, el subprincipio de adecuación, si la medida no es idónea o adecuada, la medida será inconstitucional y allí terminará el escrutinio, sólo si la medida es idónea, se pasa al escrutinio del subprincipio de necesidad, si la medida supera este escrutinio, pasará a ser analizada finalmente, bajo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad es utilizado por la generalidad de las jurisdicciones constitucionales como parte del parámetro de control de la igualdad ante la ley, cuyo desarrollo inicial se realiza por la Corte Constitucional Alemana y luego se expande en las jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas.

A manera ejemplar puede citarse algunas sentencias del Tribunal Constitucional español. Así en la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, se establece: “Una doctrina constante de este tribunal –tan reiterada que su cita es ya ociosa– viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad, y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”.

Dicha perspectiva es asumida también por los tribunales constitucionales sudamericanos.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana en el caso de la demanda de inconstitucionalidad del literal b del artículo 40 de la ley 48 de 1993 que aplicaba a todos los que hubieren hecho el servicio militar un aumento del 10% en el puntaje de exámenes estatales que los bachilleres deben presentar para acceder a la universidad, la Corte aplicó el principio de proporcionalidad y los subprincipios de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en forma estricta³⁰.

Asimismo, el principio de proporcionalidad es asumido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en caso de demanda de inconstitucionalidad impugnando la disposición que otorga una bonificación de hasta un 10% sobre la calificación total obtenida que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y Ministerio Público) que postulan al ascenso, respecto del grupo de abogados que no pertenece al Poder Judicial como asimismo, respecto de los magistrados suplentes y provisionales, al efecto, el Tribunal Constitucional señala: “31. (...) *En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC (fundamento N°65), este Colegiado*

30 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-022 de 1996.

considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad”.

“32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad”³¹.

El Tribunal Constitucional peruano analizó el artículo 7° de la Ley 27.755 que establecía un registro legalizado por Notario Público en vez de una escritura pública para registrar el derecho de propiedad. Así el tribunal se preguntó por la finalidad de la norma cuestionada, señalando:

“es reconocible la intención del legislador , quién a través del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro mismo”³².

Luego, aplicó el test de proporcionalidad determinando:

“para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda sacrificar en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso la seguridad jurídica. A efectos de determinarse la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cual es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de seguridad jurídica, cuando se propone como alternativa la utilización

31 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, fundamento 31.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 6°.

del formulario registral legalizado por el Notario público, en lugar de la escritura pública”³³

“Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad que la constitución ha brindado al poder legislativo, este tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisficará este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado”³⁴.

Para luego precisar:

“si bien el formulario registral legalizado por Notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por desvirtuar la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo, que se pretende alcanzar”³⁵.

A su vez, en otro caso, el Tribunal Constitucional peruano aplicando el principio de proporcionalidad en sentido estricto determinó:

“el principio de proporcionalidad, stricto sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”³⁶.

Asimismo, es necesario precisar como señala Villacorta, que en el ámbito del análisis de proporcionalidad como mandato derivado del principio de igualdad se distingue en un punto importante del análisis de la proporcionalidad llevada a cabo respecto a los derechos

33 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 9°.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 6°.

35 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 9°.

36 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 2235-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6°.

fundamentales de libertad, ya que el control de proporcionalidad debe adaptarse al principio de igualdad, ya que el asunto no es determinar la intromisión en el derecho fundamental, sino la proporcionalidad del tratamiento desigual, la proporcionalidad de la carga relacionada con la desigualdad de trato, lo que exige establecer al legislador motivos objetivos de diferenciación de naturaleza tal que justifique la desigualdad de trato³⁷.

Esta perspectiva lleva a considerar que el principio de proporcionalidad sólo se aplica a los tratamientos legislativos que persiguen fines externos donde el tratamiento desigual y la obtención del fin externo implica una relación de fines y medios auténtica, en la medida que “la igualdad de tratamiento en sentido normativo y la persecución de fines externos es susceptible de ser considerada como una relación de bienes jurídicos que colisionan”³⁸.

Asimismo, parece necesario especificar que el principio de proporcionalidad debe aplicarse con diferentes intensidades, materia que en la doctrina alemana ha tratado R Alexy³⁹, que debe tener en consideración “la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas analíticas y normativas relevantes, y de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración”⁴⁰.

En tal perspectiva, puede sostenerse que mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más seguras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad.

La Corte Constitucional colombiana ha asumido la matización de la intensidad del control en base al principio de proporcionalidad,

37 Villacorta Mancebo, Luis. “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 130, Octubre –diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 72.

38 Villacorta Mancebo, Luis. “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 130, Octubre –diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. p. 73.

Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 265.

39 Alexy, R. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 66, Madrid, ED Centro de Estudios Constitucionales.

40 Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 265.

que tiene sus raíces en la Jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana respecto de la aplicación de la equal protection, que se encuentra en la decimocuarta enmienda, que como señala la Corte Constitucional colombiana “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los ‘escrutinios’ o ‘tests’ de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)”⁴¹. La Corte Constitucional colombiana ha precisado que la aplicación de la escala de intensidades en el enjuiciamiento de la igualdad busca amoldar “la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador” a las exigencias del principio democrático y la separación de las ramas del poder público⁴².

Para la Corte Constitucional colombiana, el escrutinio débil determina que un acto jurídico será declarado constitucional si el trato diferente que se enjuicia es “una medida potencialmente adecuada para alcanzar el propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”⁴³. En tal perspectiva, el escrutinio débil exige que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y que el trato legislativo sea adecuado para alcanzarlo y que no esté prohibido por la Carta Fundamental. El trato será inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si su tratamiento legislativo es manifiestamente inadecuado para alcanzar el fin legítimo constitucional⁴⁴.

El escrutinio estricto, que proviene de la jurisprudencia norteamericana sobre el principio de la igualdad gestada en la década de los años sesenta del siglo pasado se desarrolló a partir de la constatación de que el *rational basis-test* no era adecuado para el escrutinio de los tratos diferenciados que afectaban a grupos que habían sido tradicionalmente discriminados y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial de parte del estado norteamericano. El escrutinio estricto se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. La Corte Colombiana aplicó el escrutinio estricto a los criterios potencialmente discriminatorios, considerando tales los que aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados constitucionalmente, los que restringen derechos fundamentales y los que afectan de manera desfavorable

41 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-093 de 2001.

42 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-673 de 2001.

43 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-093 de 2001.

44 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-445 de 1995.

a minorías o grupos sociales que se encuentran en debilidad manifiesta, con especial deber de protección de parte del Estado, a ellos se han agregado, aquellas diferenciaciones que se fundan en rasgos permanentes de las personas de las cuales ellas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, las que afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y aquellos que se funden en criterios que por si mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁴⁵. En tales casos la constitucionalidad de la medida que establece un trato diferenciado debe cumplir dos exigencias: que la medida persiga un fin constitucionalmente imperioso o fin imperioso para la sociedad o el Estado y que la medida sea indispensable para alcanzarlo, siendo la única o aquella más idónea para el logro del fin.

El escrutinio intermedio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana en la década de los setenta del siglo pasado, situándose a medio camino entre el escrutinio débil y el escrutinio estricto, aplicándose a los casos en el Estado concreta diferencias fundadas en criterios sospechosos para intentar logra una igualación de oportunidades para grupos tradicionalmente discriminados, se trata de las medidas positivas o de discriminación inversa. La Corte Constitucional colombiana aplica el escrutinio intermedio cuando la medida o norma puede afectar el goce de un derecho constitucional considerado no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia⁴⁶.

La misma perspectiva con matizaciones es asumida por el Tribunal Constitucional peruano, su jurisprudencia precisa:

“35. Intensidad de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave
 - Intensidad media
 - Intensidad leve
- a) Unintervenciones de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen raza, sexo, idioma,

45 Bernal Pulido, Carlos. 2005. El derecho de los derechos. Op. Cit, pp. 267-268.

46 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C- 673 de 2001.

religión, opinión, condición económica) y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

- b) Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2 N° 2: origen raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- c) Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

“36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación de las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto del primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional”.

La gradación del escrutinio de igualdad tiene una claridad analítica menor que el principio de proporcionalidad, ya que en este análisis sólo son relevantes la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación, no teniendo en consideración que tal objetivo podría ser alcanzado por un medio igualmente idóneo o más idóneo que no implicara la diferenciación (principio de necesidad), como asimismo, que la legitimidad de las diferenciaciones debe también depender de la relación existente entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidades que se afecta el derecho a la igualdad y los demás derechos fundamentales afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Finalmente, nos parece necesario señalar que la aplicación del test de proporcionalidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto no pueden llegar a desnaturalizar el derecho fundamental afectado en pro de un bien jurídico constitucional, ya que como señala nuestro artículo 19 N°26, el legislador no puede afectar el contenido esencial del derecho constitucionalmente determinado, en efecto, dicha disposición constitucional asegura a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

2.3. La carga de la prueba sobre la razonabilidad de la norma o el carácter de relevante de las diferencias

Un primer problema en esta materia es que el juez no puede oponer su “razón” a la del legislador cuando se trata de pronunciarse sobre la validez de la ley y no sólo de su aplicación.

En muchos casos, los Tribunales Constitucionales tienen implícito en su juzgamiento que el juez puede buscar en la *conciencia jurídica de la comunidad* el criterio que puede permitirle pronunciarse sobre la razonabilidad de la obra del legislador, conclusión que es corriente desde la formulación de esta doctrina en Alemania por Leibholz y Triepel.

El problema es como se expresa la conciencia jurídica de la comunidad cuando ella no lo hace a través de sus representantes, o ¿por que el juez puede considerarse mejor interprete de la conciencia jurídica de la comunidad que el legislador?. Esto nos lleva al tema de la justicia constitucional y el principio de igualdad y a los distintos grados de intensidad del control constitucional jurisdiccional de la ley.

Esta última perspectiva lleva a fijar los criterios de determinación de las diferencias relevantes, lo cual requiere contar con un punto de referencia, el cual es el objetivo perseguido por el legislador. Esto, sin embargo, nos lleva a interrogarnos sobre si cualquier objetivo es aceptable o si el objetivo debe cumplir ciertas condiciones, y en este último caso, ¿cuales condiciones debe cumplir?. Al respecto puede afirmarse que el objetivo no puede ser contrario a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, debiendo además ser legítimo.

A su vez, si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se niega, *la carga de probar la razonabilidad de la diferencia corresponde a quién defiende la ley*, pero como la igualdad también puede plantearse frente a un tratamiento legal que a juicio de quién lo impugna, ha ignorado diferencias significativas, es el *impugnador quien debe aportar las razones por la que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias*. En ambas situaciones, *es el defensor de la ley el que deberá establecer las razones que avalan la razonabilidad*, pero la diferencia está en que en el primer caso, la razonabilidad que debe ser probada es la diferencia establecida, mientras que en el segundo caso, lo que debe demostrarse es la falta de razonabilidad o la discriminación o arbitrariedad de la diferenciación.

De acuerdo a todos los elementos antes enunciados como son la finalidad de la norma, su razonabilidad, la proporcionalidad entre medios y fines, la consideración particular de dicha sociedad y un cierto margen de acción que se reconoce al legislador, todos ellos constituyen elementos que el intérprete debe tener en consideración al momento de dictar su sentencia en el plano de la jurisdicción constitucional. De esta manera, el juez dispone de cierto nivel de discrecionalidad para configurar el ordenamiento jurídico pero dentro del marco de referencia explicitado, inteligible y fundado en principios.

3. LAS MODALIDADES DE LA DISCRIMINACIÓN O LA DIFERENCIACIÓN ARBITRARIA

Es posible establecer algunas clasificaciones sobre las modalidades de la discriminación.

Una primera clasificación puede basarse en el criterio de *discriminaciones de iure o discriminación de facto*. La primera se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no. La discriminación de facto, se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en si mismos sean necesariamente discriminatorios, en otras palabras hay discriminación de facto cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran

en la misma hipótesis, hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley.

La igualdad en la aplicación de la ley implica una obligación para todos los órganos estatales mediante la cual no pueden aplicar la ley de manera diferente a personas que se encuentran en supuestos sustancialmente iguales.

La jurisdicción puede resolver, a su vez, casos en apariencia iguales con resultados diferentes, si se justifica la razonabilidad de la decisión en virtud de restablecer una igualdad auténtica o por particularidades de supuestos fácticos que justifiquen resultados diferentes.

Asimismo, también puede justificarse la variación de decisiones de los operadores jurisdiccionales en un cambio de perspectiva debidamente motivada, explicando las razones de hecho y de derecho del cambio de criterio. Así lo establece la doctrina y jurisprudencia comparada, a modo ejemplar señalaremos un fallo del Tribunal Constitucional español en sentencia 49 de 1982, la que establece que:

“La regla general de igualdad ante la ley.... contempla, en primer lugar la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sus tancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. (El subrayado es nuestro).

Una segunda clasificación que puede establecerse respecto de las modalidades de la discriminación consiste en si está se produce por actos esporádicos o por actos sistemáticos, por agentes estatales o por personas privadas (individuos, asociaciones o entidades jurídicas).

3.1. La discriminación de género y de grupos históricamente postergados

Es necesario asumir mediante tal normativa la explícita prohibición de mantener determinadas diferenciaciones históricamente arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los órganos estatales, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones marginales o altamente desventajosas,

cuando no atentatorias contra la dignidad humana. Así ha ocurrido matizadamente con las diferencias de género y los pueblos originarios de nuestros países latinoamericanos.

Asimismo, en el ámbito de las diferencias de género, la doctrina norteamericana y española, la cual ha sido asumida por el Tribunal Constitucional español, ha incorporado algunas diferenciaciones que no podemos sino avalar como criterios de discernimiento y reconocimiento de discriminación. En efecto, se distingue entre discriminación directa e indirecta, asimismo, respecto de la primera se subdistingue entre discriminación directa expresa y discriminación directa oculta⁴⁷.

La *discriminación directa* la define el Tribunal Constitucional español como aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde este sea objeto de consideración directa⁴⁸, siendo *la intención* la que califica a esta discriminación. La misma sentencia precisa que la *discriminación indirecta (disparate impact)* es aquella en que la diferencia de trato es formalmente correcta y no aparece directamente vinculada al sexo pero genera unas consecuencias discriminatorias sobre un concreto colectivo por razón de su sexo, siendo *el resultado* lo que califica esta discriminación⁴⁹.

La perspectiva anterior debe ser matizada en el sentido de que algunas diferenciaciones basadas en el sexo no tienen reproche de inconstitucionalidad pero deben pasar por un escrutinio estricto y una sospecha de presunción de inconstitucionalidad. Algunos supuestos de diferenciación en base al sexo pueden considerarse constitucionales en el supuesto de puestos laborales vinculados directamente con el sexo (actrices, gendarmes en prisiones de mujeres, aseo en vestuarios o baños femeninos, entre otras hipótesis posibles).

Nuestro análisis, en todo caso, se centra en el análisis de las discriminaciones de iure, aquellas producidas por el legislador.

47 López Guerra, L. "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución española de 1978. En VV.AA. *Mujer y Constitución*, Madrid. Ed Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 27.

48 Sentencia del Tribunal Constitucional español 145/1991, de 1 de julio. Citada por Gómez Sánchez, Yolanda. 2003. Ob. Cit. pp. 144145

49 Ver Añón, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Fontamara, México. 2001. pp. 29-31.

4. LA TUTELA POSITIVA DE LA IGUALDAD O IGUALDAD PROMOCIONAL: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LAS ACCIONES POSITIVAS, AFIRMATIVAS O DE DISCRIMINACIÓN INVERSA

Junto a la igualdad ante la ley que obliga a abstenerse de desarrollar cualquier diferencia arbitraria o discriminación, exige también una tutela positiva de la igualdad que deben tener presente por imperativo constitucional los órganos estatales, cuando los ordenamientos constitucionales establecen como principios básicos la igualdad de oportunidades, la remoción de obstáculos que impiden el desarrollo de la igualdad de oportunidades o la igualdad sustancial y no meramente formal, lo que implica un principio de solidaridad respecto de las personas o grupos sociales que se encuentran en situación de debilidad. Es lo que, en otras palabras Bobbio denomina la función promocional del derecho⁵⁰.

Nuestra Carta Fundamental en sus Bases de la Institucionalidad, artículo 1°, determina imperativamente, en su inciso 3°, que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es contribuir al bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”*. Asimismo, el inciso final del mismo artículo dispone, *“Es deber del Estado (...) promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*.

Así, el sistema de valores y principios establecidos en las bases de la institucionalidad obligan a interpretar el texto constitucional y las leyes dictadas conforme al mismo con un carácter sistemático y finalista, lo que fundamenta lo que podemos denominar igualdad promocional.

En nuestra Sudamérica diversos tribunales constitucionales han recogido dicha perspectiva. Así, a manera ejemplar, puede señalarse la doctrina del Tribunal Constitucional peruano, el cual ha precisado:

“El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra

⁵⁰ Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Segunda edición. Ed. Debate. Ver el acápite “La función promocional del derecho”. Madrid. 1990.

positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este colegiado respecto de las exigencias de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”⁵¹

Los preceptos legales que definen reglas de discriminación inversa o medidas afirmativas pueden conceptualizarse como aquellas que establecen temporalmente un trato diferenciado a favor de sectores en objetiva situación de marginación, con la finalidad de lograr una igualación de oportunidades en forma real, su adecuada integración social y acceso a los derechos formalmente consagrados en el ordenamiento jurídico⁵².

En el derecho norteamericano las *affirmative acition* han sido conceptualizadas por la *Comisión Norteamericana de Derechos Civiles*, como “*cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro*”⁵³.

El origen de las acciones positivas se encuentra en el derecho norteamericano, las cuales buscan superar una historia de discriminación racial y sexual desde su constitución como nación, que

51 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 11°.

52 En sentido similar, Eguiguren Praeli, Francisco. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002. p. 110.

53 Martín Vida, M.A. *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. ED. Civitas, Madrid, 2002. p. 35.

opera en la segunda mitad del siglo XX para revertir las situaciones de marginación y discriminación⁵⁴ (54).

Como señalaba Bidart Campos la discriminación positiva o discriminación inversa

“Es algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un trato razonable para alcanzarla, es la llamada discriminación “inversa”. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otros, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento”⁵⁵

El problema se presenta muchas veces por el hecho de que los grupos en desventaja o debilidad social están definidos precisamente por algunos de aquellos criterios cuya utilización jurídica esta expresamente prohibida por la Constitución y los tratados internacionales, como son por ejemplo el sexo y la raza. *“El legislador se ve así colocado en una aporía, de la que sólo puede salir, con la ayuda del juez, mediante una derogación parcial de la norma prohibitiva o, la menos, una considerable reducción de su eficacia. La justificación de la razonabilidad de la decisión resulta, sin embargo, especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, mediante la apelación a la “conciencia jurídica de la comunidad” pues, como fácilmente se entiende, situaciones de este género sólo pueden producirse cuando la conciencia social esta escindida, de manera que, en tanto que una parte de la sociedad actúa de una manera discriminatoria, otra parte intenta corregir mediante el uso del poder los efectos de tal discriminación”⁵⁶.*

54 Sobre la materia ver, Turner, R. The past and present of affirmative action. Ed. Quórum Books, New York. 1991; Rosenfeld, Michel. *Affirmative action and justice*. Yale University Press. New Haven. 1991.

55 Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo I. Buenos Aires, 1993. p. 388.

56 Rubio LLorente, Francisco. op. cit. p. 35.

Este es uno de los grandes problemas a los cuales se encuentra enfrentada la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional, ya que aquí se manifiesta una tensión entre la política y el derecho y es en dicho límite donde frecuentemente se establecen las acusaciones de activismo judicial o de abdicación del juez ante la arbitrariedad del legislador. Es aquí también donde el juez debe adoptar una actitud y prudencia propia de quien carece de un poder de impulsión jurídico y en algunos casos poner en acción su autolimitación. En todo caso la actividad del juez o del tribunal sólo será legítima si se apoya en una misma interpretación de las normas constitucionales, cuando estas consideran como valor o principio de igualdad de oportunidades o la remoción de los obstáculos para el logro de la misma, principios que, de acuerdo a la Constitución, deben ser implementados o promovidos por el Estado y sus órganos.

En este sentido, diversos tribunales constitucionales han desarrollado una jurisprudencia consistente, entre ellos, señalaremos algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español, Colombiano y Peruano.

El Tribunal Constitucional de Colombia, en sentencia T 402/92, asume esta perspectiva, señalando:

“El principio de igualdad de oportunidades juega un papel neurológico en la tarea de mantener y promover un orden justo, en una sociedad que además de la pobreza se caracteriza por una inquisitiva distribución de recursos. La obligación del Estado de promover las condiciones para alcanzar una igualdad real y efectiva sólo podrá verse cumplida mediante el respeto e igual consideración de todas las personas en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Tratándose de un menor de edad, se espera que su permanencia en una entidad educativa sea garantizada por encima de las decisiones arbitrarias de la autoridad de turno con poder decisorio para otorgar y denegar cupos de estudios”.

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado:

“..(...) en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentran postergados en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades. Tal constatación genera en el Estado la obligación de tomar medidas pertinentes a favor de los postergados, de forma de que sea posible reponer las condiciones de igualdad

de oportunidades a las que la constitución aspira⁵⁷, siendo así un *“deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generen tal desigualdad de oportunidades”*⁵⁸.

El mismo Tribunal Constitucional del Perú también ha precisado que:

“La vinculación positiva (al principio de igualdad) supone la exigencia de revertir las condiciones de desigualdad, o de reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales, a través de las acciones positivas cuyo fin sea promover la igualdad real y efectivamente la igualdad sustancial entre los individuos. Ello a efectos de configurar materialmente una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

“En este sentido, no se considera como discriminaciones aquellas acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades, a condición de que dicha acción afirmativa este sujeta a la regla de temporalidad.

“La acción afirmativa del Estado consiste en la adopción de medidas que remuevan los obstáculos que restringen, en la praxis, la plena vigencia del principio de igualdad⁵⁹”

En una perspectiva moderada, El Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° 27 de 1981, había establecido que

“la finalidad de promover la libertad del individuo, y de los grupos en que se integra, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”.

El Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° 14 de 1983, señaló que

“debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al

57 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI, fundamento jurídico 11°.

58 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI, fundamento jurídico 12°.

59 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento jurídico 8.

restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral compensador e igualitario, lo que tiene el fundamental apoyo del art. 9.2 de la Constitución”.

A su vez, el mismo Tribunal en sentencia N° 189 de 1987, establece que

“los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la igualdad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art.9.2 CE). Pero entre tales poderes públicos son el legislador y el gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal”.

También en sentencia N° 19 de 1988, el Tribunal Constitucional Español dispuso lo siguiente:

“Puede imponer este precepto... la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental”.

Asimismo en sentencia N° 216 de 1991 señaló el mismo Tribunal que: *“La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que.... encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrariola acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficios de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados”.*

La sentencia del mismo Tribunal Constitucional N° 3 de 1993 estableció que:

“La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de

inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas, y al mismo tiempo, como ha señalado la STC 28-1992, mediante la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en condiciones de igualdad con los varones”.

Por último, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que

*“una Estado social y democrático de derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 de la CE) y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 de la CE) a de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial (negociación colectiva) estableciendo desde los poderes públicos a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos”.*⁶⁰

Así diversas constituciones establecen el empeño de toda la comunidad nacional y de todos sus órganos, en remover los obstáculos de orden económico y social que limiten la igualdad efectiva de las personas, alcanzando un conjunto básico esencial de condiciones de vida en el pleno material, moral y espiritual. Ello constituye una indicación finalista que permite concretar aquella orientación en la función legislativa hacia fines sociales.

De esta forma, la igualdad de oportunidades o la igualdad sustancial justifica las excepciones que debe experimentar la igualdad formal con vistas a eliminar los efectos de las discriminaciones del pasado o las disparidades de hechos originados en la injusticia de

⁶⁰ Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. op.cit. p. 63-64. ⁶¹ Ver Martín Vida, M.A. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*.

la naturaleza, posibilitando acciones positivas o de discriminación inversa⁶¹

Es en este sentido, que la Constitución chilena, además de fijar en el artículo 1º, inciso tercero, el bien común como fin y tarea del Estado, precisa, en el inciso final del mismo artículo el deber del Estado “de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y *asegurar el derechos de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”.

Respecto de esta disposición el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de fecha 13 de septiembre de 1983, Rol N° 19, consideró:

“Que el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al interprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”, y agrega luego “ el objeto de este precepto es destacar algunas de las funciones más relevantes que debe ejecutar el Estado en procura de obtener su finalidad básica, cual es “promover el bien común”, concepto este último que define el inciso cuarto del mismo precepto como el conjunto “de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Este y no otro es, en esencia, el contenido y alcance del inciso final del artículo 1º de la Carta Fundamental. En consecuencia, no cabe duda que, conforme a este precepto, los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el bien común”.

Asimismo, en esta perspectiva igualadora de oportunidades, la Carta Fundamental contempla un conjunto de otras disposiciones, entre las cuales cabe destacar, el artículo 19 N° 3 que garantiza asistencia judicial a los pobres; el artículo 19 N° 10, que asegura la educación básica y media en forma gratuita; el artículo 19 N° 20, que establece la progresividad del sistema tributario; y el artículo 19 N° 24 que asegura la función social de la propiedad.

A su vez, las Constituciones de Colombia, art. 13; España, art. 9; Chile, art. 1, inciso 3 y final; Ecuador art. 19; El Salvador, art. 1; Guatemala, art. 2º; Paraguay, art. 46; entre otras, facultan para

61 Ed. Cívitas. Madrid, 2002.

adoptar medidas tendientes a remediar la situación desventajosas en que se encuentran los sectores sociales más débiles y que les pongan en situación de igualdad de oportunidades con los demás miembros de la sociedad.

El interprete constitucional debe tener en cuenta así los objetivos o fines establecidos constitucionalmente, la adecuación de las medidas legislativas destinadas a alcanzar tales fines, reconociendo el margen de acción que es propio de los órganos gubernamentales políticos, pero también protegiendo el derecho, ya que no es suficiente que la autoridad política diga que esta promoviendo el interés público, para que efectivamente ello sea así y su decisión sea constitucional.

Así podemos concluir que el Estado y sus órganos no sólo deben abstenerse de discriminar, sino que además tienen el deber de promover a través de acciones positivas específicas legislativas y administrativas, la efectiva igualdad de oportunidades de toda la población.

La adopción de acciones positivas o de discriminación inversa, son constitucionalmente legítimas para alcanzar niveles de equidad o situar en situación justa a grupos sociales tradicionalmente discriminados negativamente, todo lo cual requiere que la norma legislativa sea idónea para lograr el objetivo de eliminar la inequidad, cuya situación fáctica debe estar objetivamente establecida, siendo dicha normativa transitoria, sólo mientras permanezca la desigualdad inequitativa⁶².

Ello supone, en algunos casos, consagrar una protección especial a las personas o grupos que, por sus condiciones físicas, mentales, culturales o económicas se encuentran en situación de discriminación o que agravan la situación de debilidad de otros individuos o grupos.

En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano, el cual ha precisado que

“(…) cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales ‘en razón de la diferencia de personas’, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2° del artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante ‘acciones positivas’ o de

62 En el mismo sentido, Fernández González, Miguel Ángel. *El principio de igualdad constitucional ante la ley*. Ed. ConoSur Ltda., 2001. Santiago, pp. 72-73.

'discriminación inversa, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos'⁶³.

Ello lleva a plantear la necesidad de tener presente en el tema de la igualdad, el *principio de igual consideración*, el que obliga en el caso de medidas adoptadas por la administración en la definición de políticas sociales, económicas y culturales, a considerar violatorias del principio de igualdad las medidas que excluyan o pasaran por alto algunos de los posibles beneficios, los cuales necesariamente deben tenerse presentes, aún cuando tengan poca presencia, influencia o poder. El uso de este criterio permitirá reducir los riesgos de que un órgano estatal tomara decisiones arbitrarias basadas en criterios sin justificación racional, a su vez, ello haría más responsables a los funcionarios directivos que deben tomar las decisiones, al serles exigibles un análisis más cuidadoso que no deje fuera a ciertos grupos que debieran estar comprendidos dentro de los beneficiarios, como asimismo, cuidando de no gravar excesivamente a otros.

Consideramos conveniente precisar que un sector de la doctrina distingue en base a la intensidad de las medidas adoptadas y el resultado perseguido, en materia de diferencias de género, entre las acciones positivas en sentido estricto y las medidas de discriminación inversa⁶⁴.

Las *medidas de acciones positivas en sentido estricto* buscan situar al sexo minusvalorado en el mismo punto de partida que aquel en que se encuentra el otro en el ejercicio de sus derechos o en la obtención de bienes y servicios.

Las *medidas de discriminación inversa* serían aquellas que inciden directamente en el resultado estableciendo condiciones o requisitos que pueden llevar a provocar una diferencia notable entre los sexos cuyo único fundamento es la igualdad de resultado que se persigue con dicho tipo de acción.

No está demás señalar, para terminar este párrafo, que el Tratado de Ámsterdam que modificó el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, actual artículo 141 de dicha convención, en uno de sus apartados determina:

63 Huerta, Luis Alberto. El derecho a la igualdad. Revista *Pensamiento Constitucional*, año XI N°11, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005. p. 331.

64 Jiménez Gluck, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Ed Titant lo Blanch. Valencia. 1999.

“Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”

CONSIDERACIONES FINALES

De esta manera, la igualdad se constituye hoy en una condición general de validez de las leyes y en un derecho subjetivo público de las personas.

El derecho a la *igualdad ante la ley y en la ley* constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias.

La discriminación es así la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado.

El derecho a la igualdad tiene un núcleo duro que es toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva hecha en base al sexo, la raza, la creencias religiosas, las opiniones políticas, o otro criterios prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario. Tal diferenciación es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso. En los demás casos, la diferenciación realizada por la ley en base a elementos objetivos es legítima, siempre que se acredite:

- a) La relevancia de la diferenciación.
- b) La acreditación de un objetivo o finalidad constitucionalmente legítima que fundamente o valide la diferenciación, dotándola de razonabilidad.

- c) La aplicación en su caso del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.
- d) la prohibición de afectar el contenido esencial del derecho.
- e) El respeto del contenido esencial del derecho.

Sobre dicha base puede concretarse luego el *principio de protección*, que está diseñado con el objeto de lograr, a través de *acciones positivas*, una igualdad efectiva de oportunidades y la remoción de los obstáculos que se oponen a ella.

La igualdad deja de ser así un principio puramente formal, debiendo considerar las situaciones concretas y reales en que se encuentra cada grupo social, buscando lograr una igualdad efectiva de oportunidades.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

Alexy, R. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de derecho constitucional* N° 66, Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

Andrade G, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1963.

Añón, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Fontamara. México. 2001. Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. ED.

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

Barnes. J. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública* N° 5, España. 1994.

Barnes, J. "Introducción al principio de proporcionalidad", en *Cuadernos de Derecho Público* N° 5, España. 1998.

Blanc, N; Nogueira, H; Pfeffer, E; Verdugo, M. *La Constitución chilena. Tomo I*. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Chile. 1990.

Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo I. Buenos Aires. 1993.

Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Segunda edición. Ed. Debate. Madrid. 1990.

Bulnes Aldunate, Luz. "La igualdad ante la ley". Revista Gaceta Jurídica N° 49, Editorial Conosur. Santiago, 1984.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho constitucional chileno. Tomo II: Derechos, deberes, garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2003.

Eguiguren Praeli, Francisco. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En *Estudios Constitucionales*, ARA Editores. Lima, 2002.

Fernández González, Miguel Ángel. *El principio de igualdad constitucional ante la ley*. Ed. ConoSur Ltda. Santiago, 2001.

Fiamma Olivares, Gustavo. "La igualdad. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales". En Revista de Derecho Público N°28, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago. 1980.

Garay, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989.

García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial. Madrid, 1977.

Gómez Sánchez, Yolanda. *Derechos y libertades*. Ed. Sanz y Torres. Madrid, 2003. González Beilfuss, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

González Martín, Nuria. "El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas". En Carbonell, Miguel (coordinador), *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. ED. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.

Huerta Guerrero, Luis Alberto. El derecho a la igualdad, *en Pensamiento Constitucional*. Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2005.

Jiménez Campo, Javier. "La igualdad jurídica como límite al legislador". *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 9, Ed Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Landa Arroyo, Cesar. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Segunda edición. Palestra editores. Lima. 2003.

Martín Vida, M.A. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Ed. Cívitas. Madrid, 2002.

Molina Guaita, Hernán. *Derecho Constitucional*. Lexis Nexis. Santiago, 2006.

Rabossi, Eduardo. Derechos Humanos: "El principio de igualdad y la discriminación".

Revista Centro de Estudios Constitucionales, N° 7, Madrid, España. 1990.

Rosenfeld, Michel. *Affirmative action and justice*. Yale University Press. New Haven. 1991. Rubio Llorente, Francisco. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional".

Revista Española de Derecho Constitucional, N° 31, Madrid, España. 1991.

Rubio Llorente, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Ed. Ariel, Derecho, España. 1995.

Ruiz-Miguel, Alfonso. "discriminación inversa e igualdad", en *El concepto de Igualdad*. Ed. P. Iglesias. Madrid, 1994.

Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Ed Fundación Honrad Adenauer/ Ed jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003.

Sosa Sacio, Juan Manuel. "El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", En *Revista Peruana de Derecho Público*, año 6 N° 11, julio-diciembre 2005.

SuayRincón, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. ED Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985.

Turner, R. *The past and present of affirmative action*. Ed. Quórum Books. New York. 1991.

Valdés Prieto, Domingo. "Algunas notas sobre el principio jurídico de la igualdad". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°9, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. 1991.

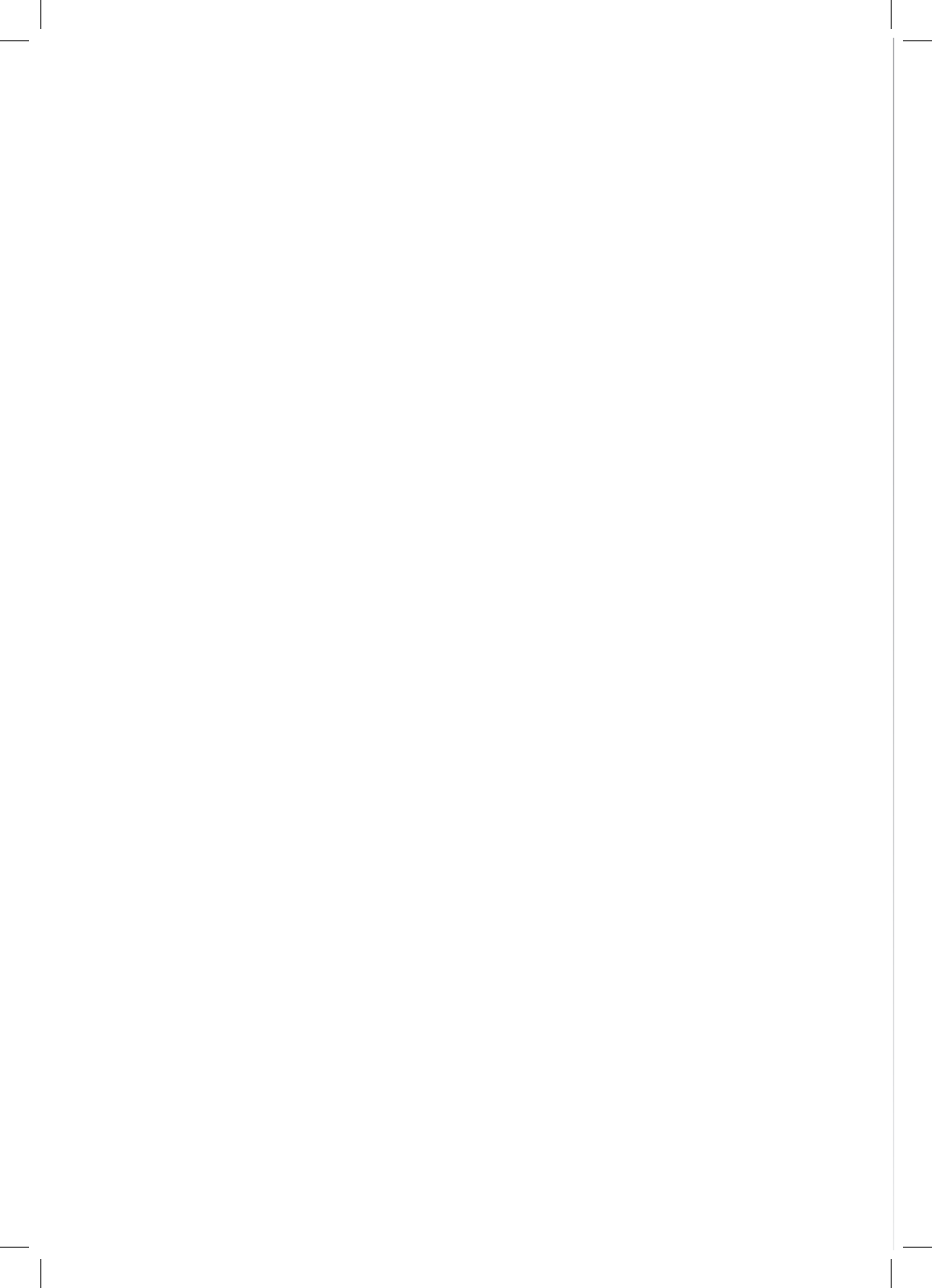
Venegas Castellanos, Alfonso. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Editores Colombia, Ed. AVC, 1996.

Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. . *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1994.

Villacorta Mancebo, Luis. "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites", en *Revista de Estudios Políticos N° 130*, Octubre –diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2005.

Xynopoulos, G. *Le controle de proportionnalité des le contentieux de la constitutionnalité et de legalité en France, Allemagne et Angleterre*. Ed. LGDJ. Paris, 1995.

Zúñiga Urbina, Francisco. "Derechos humanos e Igualdad: del principio de discriminación compensatoria", en *XXV Jornadas de Derecho Público*, Ed. Edeval. Valparaíso, 1994.



FEMINISMO PUNITIVO CUANDO EL GÉNERO SE REDUJO AL CASTIGO

Jorge Vicente Paladines¹

Profesor de Criminología Crítica y Política Criminal de la Universidad Andina “Simón Bolívar”; Asesor de la Defensoría Pública del Ecuador.

Muchos hombres ven en ellos la razón de la caída de su imperio y se lo hacen pagar a las mujeres. Muchas de ellas sienten la tentación de dar una respuesta mediante la instauración de un nuevo orden moral que supone el restablecimiento de las fronteras. Es la trampa en la que no hay que caer, bajo pena de perder allí nuestra libertad, de frenar la marcha hacia la igualdad y de retornar al separatismo.

Elisabeth Badinter

Para algunos lectores, el presente artículo forma parte del conjunto de irreverencias, indolencias e incomprensiones a las actuales militancias feministas –sobre todo de Ecuador y América Latina–, muy próximo de ser tachado como machista, androcéntrico, misógino o patriarcal. Confieso que no es mi intención hacer una generalización ni abrir una guerra –más– al denotado activismo que ha coronado en la agenda feminista el discurso del castigo, sino, poner en cuestión el por qué su lenguaje social se redujo a un lenguaje penal, haciendo que el debate público hoy en día sea simplemente monotemático, es decir, ubicando exclusivamente en la agenda política de la acción colectiva feminista a la penalidad como centro del balance para eliminar la violencia y quizá también la discriminación.

A diferencia de otros colectivos sociales –como los trabajadores– que centralizan su discurso en la *redistribución* de las riquezas, el feminismo ha condensado en los últimos años un activismo basado en el *reconocimiento* de derechos (Fraser, 1997: 20) a partir

1 El presente artículo fue publicado originalmente en *Defensa y Justicia*, Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador, Edición No. 5, septiembre de 2013.

de la victimización. Esta nueva forma de centralizar el debate ha silenciado agudas diferencias sociales que siguen latentes en la relación hombre/mujeres, toda vez que el desempleo en las mujeres es mayor que el de los hombres mientras sus salarios siguen siendo inferiores. Aquello ha distorsionado la concepción misma de uno de los grandes aportes del feminismo: el género. La concepción del género no es ya una expresión ideológica para criticar las diversas y agudas manifestaciones del poder –incluso contra los hombres–, sino que ahora se recoge bajo el empleo sexista (biológico) del código binario hombres Vs. mujeres.

La acción colectiva feminista se inscribe en diversas corrientes, tales como el feminismo socialista o el feminismo liberal (de la igualdad y de la paridad) hasta llegar a los feminismos esencialistas, diferencialistas o ecologistas, entre otros. Estos últimos resaltan y hacen prevalecer los valores femeninos bajo un peligroso –tramposo– debate de igualdad de sexos, cayendo en definitiva dentro de un fundamentalismo igualitarista con fuertes representaciones fundadas en la diferencia biológica y sus particularismos (Baninter, 2003: 132-135). El histórico discurso y militancia feminista por la igualdad se representa ahora dentro un enclave de enjuiciamiento moral contra los hombres, usando como herramienta a la *chiosa senza* –como decía Francesco Carrara– del derecho penal – ahora derecho penal de la diferencia–.

En este nuevo escenario donde se emplea el discurso del poder punitivo para demandar el reconocimiento de derechos, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿será que el feminismo está yendo por el camino equivocado? A partir de la presente crítica trataré de resolver esta hipótesis, usando para ello una estructura inversa y aleatoria de las leyes de la dialéctica diseñadas primariamente por Hegel y repensadas más adelante por Marx (unidad y lucha de contrarios; cambios cuantitativos a cualitativos; y, negación de la negación). Atrevámonos entonces a confrontar algunas de las características de esta encrucijada política en la que ha caído el debate del género: el feminismo punitivo.

1. TESIS: EL VICTIMISMO O LA LUCHA SIN UNIDAD DE CONTRARIOS

Por victimismo entenderemos a la *corporativización* de los intereses y demandas de un grupo que manifiesta particularmente su

daño, y que además en alguna medida se convierte también en actor político de sus particularidades. En el siglo pasado hubo un marcado victimismo alrededor del exterminio judío a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuyo drama estimuló la construcción más adelante del Derecho Internacional Humanitario y, en los últimos años, del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional. Frases como “prohibido olvidar” o la sola idea del *Holocausto* resaltan la memoria del aniquilamiento exclusivo del pueblo judío. No obstante, el arrasamiento de poblaciones o minorías acaecido en el mismo siglo pasado desplaza de la construcción de la memoria mundial el aniquilamiento de otros grupos, tales como: el exterminio de más de dos millones de armenios a manos del gobierno turco entre 1915 y 1923; la masacre del pueblo tutsi en Ruanda que segó la vida de cerca de un millón de personas en 1994; o, la eliminación física de más de cinco mil militantes –en las cifras más austeras– de la Unión Patriótica, partido político fundado en 1985 en nuestra hermana República de Colombia. Existen muchísimos ejemplos más de exterminios en la historia de la humanidad que seguro no los tenemos muy presentes, como el arrasamiento de Troya por los griegos o el aniquilamiento de Cartago por los romanos (Feierstein, 2012: 31).

El victimismo tiene la característica de (in)visibilizar la agresividad o violencia ejercida sobre otros grupos. Al igual que las estructuras y agencias creadas a partir del holocausto judío –pues poco o nada se dijo sobre la masacre ejercida también contra gitanos, rusos y homosexuales por mano de los nazis– como los procesos de Nüremberg, el feminismo de estos días exalta generalmente la eliminación de la violencia contra la mujer, relegando materialmente a un segundo plano otras manifestaciones de poder ejercidas, por ejemplo, sobre los *sexodiversos*. Los grupos GLBTI o LGBT –el orden de las identidades no afecta el espíritu de la nomenclatura en sí–, es decir lesbianas, gays, bisexuales o personas transgénero e intersexuales, entre otras –incluyendo “seropositivos” o quienes padecen de enfermedades terminales de transmisión sexual–, carecen de una representación hegemónica en los colectivos sobre violencia de género, la cual ha sido enfática en reclamar la expresión “violencia contra la mujer” en lugar de violencia intrafamiliar. Por ende, el reconocimiento de derechos de parejas lesbianas o gays por el matrimonio y la adopción, o la violencia ejercida sobre travestis

en las calles de nuestras ciudades, no forma parte del núcleo del discurso de la agenda política del feminismo actual.

La normativa internacional creada a partir del victimismo ha posicionado temáticamente el discurso sobre la violencia o discriminación contra la mujer, postergando los discursos para una mayor difusión de los problemas o conflictos de las personas sexodiversas. De esta forma, tenemos por ejemplo: i) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que en su artículo 1 deja por sentado el entendido denotativo de referirse a cualquier menoscabo o anulación en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la *mujer*; ii) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará de 1994, que resalta en su artículo 1 el derecho de toda *mujer* a tener una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijín de 1995, que en su acápite 113 construye una tipología de formas de violencia contra la *mujer*; el Protocolo Facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1999, que en sus considerandos reafirma la decisión de asegurar para la *mujer* el disfrute pleno y la igualdad de derechos; v) las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 2011, cuya regla 19 sugiere la adopción de medidas que tiendan a resguardar la dignidad y asegurar el respeto de las *reclusas* durante el registro personal, el cual será realizado por personal *femenino*; y así podemos citar otros instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos de las mujeres.

A pesar del alto contenido progresista de los citados instrumentos internacionales, en cualquiera de estas declaraciones no aparecen las agudas formas de violencia contra gays o lesbianas ni las medidas para asegurar un registro personal digno para personas homosexuales encarceladas. La lucha política y legislativa contra las estructuras estatales, sociales y culturales androcéntricas tuvo éxito en el ámbito del reconocimiento del daño de las mujeres mas no de las personas sexodiversas. A ello se suma el contenido moral del enjuiciamiento sobre la violencia de hombres contra mujeres, el cual no prioriza la violencia ejercida también contra las trabajadoras sexuales o travestis golpeados por agentes de la seguridad pública o clientes.

Aquello aumenta las sospechas sobre la existencia de una solidaridad organicista (sexista) y no de género. De ser así, el reduccionismo en el tratamiento discursivo de la violencia de género podría distorsionar el espíritu en sí de la acción colectiva en favor del derecho social de alimentos de niñas, niños y adolescentes, estimulando el victimismo de la mujer-madre para enjuiciar al hombre-padre. En otras palabras, nos preocuparía saber si lo que ha impulsado a la militancia feminista por los derechos de alimentos no es solo la búsqueda de una solución alimentaria a las hijas e hijos, sino, fundamentalmente, la prisionización del hombre-padre a partir de reproches morales y sexistas más que socioeconómicos y familiares, es decir, de soluciones a través del castigo y no la reparación de la deuda alimentaria (Paladines, 2013: 16-17).

El victimismo puede hallarse a nivel nacional en la Ley contra la violencia a la mujer y la familia de 1995 (Ley 103), que en su artículo 2 enuncia como víctima a la *mujer* en el entendido de ser la parte más débil de la violencia intrafamiliar, desplazando a un segundo plano a los demás integrantes del núcleo familiar. Este posicionamiento del daño y la víctima- mujer es incluso reconocido en la vigente Constitución de la República, que en su artículo 81 consagra un programa expedito y especializado para su juzgamiento y sanción. Bajo este imperativo, la ley 103 judicializa la violencia intrafamiliar, sea por medio de comisarías, intendencias o tenencias políticas (justicia administrativa o ejecutiva), o mediante jueces de familia o jueces y tribunales de garantías penales (justicia jurisdiccional o judicial). A pesar que en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP) se reenvía al sistema penal el tratamiento de la violencia intrafamiliar para ser concebida como delito (Art. 82), el acceso a la justicia para mujeres a través de las comisarías de la mujer y la familia (CMF) en Ecuador ha logrado romper el círculo de violencia proveniente del hombre-agresor (Camacho et. al., 2010: 236); sin embargo, en el tratamiento de esta forma de victimización han sido también recurrentes los casos de hombres que han padecido violencia doméstica, en cuyo caso los reportes los han relegado a las estadísticas de lo risible.

Desde la Península Ibérica también ha sido frecuente la cooperación internacional en la creación de programas especiales para el juzgamiento y sanción contra la violencia a la mujer. Así mismo, existen múltiples interpretaciones antiviolencia que van

desde expresiones culturales hasta criminológicas. Desde lo cultural, son usuales las campañas de concienciación a través de medios audiovisuales; una de ellas es la música que reconoce estas formas de victimización en canciones como “Malo” (2004) de la cantante española Bebé. Desde la criminología –victimología feminista–, Elena Larrauri cuestiona la estructura dogmática de la legítima defensa al promover la indefensión para las mujeres; y, por el contrario, propone un régimen de excepción para las causas de justificación penal en el homicidio o lesiones como consecuencia de una respuesta de la mujer a la agresión machista, pues:

“Debido a que la mujer, para poder tener éxito en su ataque, mata siempre cuando el otro está desprevenido, ello conlleva la aplicación del delito más grave. Por el contrario el marido no necesita que la mujer esté desprevenida ni indefensa para poder matarla” (Larrauri, 2008: 45)

Este planteamiento expandió su ideología en el proyecto de COIP presentado oficialmente el 12 de octubre de 2011 ante la Asamblea Nacional, que en el inciso final de su artículo 16 establece expresamente:

“Tampoco habrá infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de infracción de abuso sexual o violación”

Es claro que el injusto penal del abuso sexual no es equiparable al de la violación. También es cuestionable el saber cuál es exactamente el “momento de ser víctima”, pues éste puede comenzar –*iter criminis*– en una aparente expresión moral o psicológica –sospecha– del supuesto agresor antes que en una acción material. Finalmente, no es proporcional matar a cualquier persona por el hecho de sentir un peligro de victimización de abuso sexual; aquello desparramaría más violencia en nombre de la legítima defensa (Paladines, 2007: 208-214).

De la norma tradicionalmente androcéntrica que oculta los enfoques de género (Facio, 1999: 108-113), se pasó a las normas que solo enfocan las formas de violencia o discriminación contra la mujer, ocultando semántica y materialmente espacios literarios y procesuales de los conflictos de género más allá de las mujeres, es decir, no incluyendo a las personas sexodiversas e incluso a los hombres. Tal situación se agrava cuando en los procesos penales se

trata de recoger o anular algunas de las garantías del debido proceso del supuesto victimario, enarbolando la bandera del peligroso equilibrio entre el régimen procesal de la víctima (seguridad ciudadana) y el del imputado mediante procedimientos expeditos o veloces, lo cual conduce a una inevitable y centrífuga condena en función de la gravedad del tiempo. Por su parte, la misma Corte Interamericana ha caído en un manifiesto victimismo, el cual ha servido para expandir la penalidad por encima de las garantías del debido proceso además de las normas consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Ejemplo de lo anotado podemos observarlo de su propia jurisprudencia en casos como *Almonacid Vs. Chile* (2006) o *La Cantuta Vs. Perú* (2006), llegando a excepcionar incluso principios como el *non bis in ídem*, la irretroactividad de la ley penal *in bonam partem* del procesado o el plazo razonable (Malarino, 2010: 45-48).

El victimismo puede viciar la democracia toda vez que, por una parte, corporativiza una visión y un sujeto de la violencia; y, por otra, reduce el debate en el espacio público a una o poquísimas expresiones de agresividad, anulando en consecuencia otras manifestaciones que reflejan diversas formas de victimización de género. De ninguna manera estoy diciendo que no existe agresividad o violencia contra la mujer, sino, que en el interés de expresar el daño el activismo feminista podría posicionar sólo este enfoque, lo cual trae consigo la (in)visibilización de otros actores así como de sus situaciones y daños. En consecuencia, el dolor de las personas sexodiversas no es representado desde el feminismo, pues la única forma de ser escuchadas es por sí mismas.

2. ANTÍTESIS: EL FALOCENTRISMO O LA AFIRMACIÓN DE LA NEGACIÓN

La conflictividad penal que involucra como actores a hombres y mujeres es interpretada desde una hermenéutica falocéntrica, es decir, se trata de explicar generalmente que la causa del conflicto es el hombre-peligroso. A pesar que el causalismo penal ha sido superado, en la dogmática de los delitos de género se halla más de una posición positivo-criminológica fundada en “razones” biológicas del delito. La imputación no se reprocha sobre la acción o el acto, sino sobre el actor o procesado. Con ello se despierta lo que aparentemente quedó proscrito en el Derecho penal liberal: el derecho penal de autor.

Como es natural en la edificación político-criminal de toda la penalidad legislativa (criminalización primaria), los delitos y las penas son posicionados desde *lo político* –desde apreciaciones profundamente morales–, es decir, desde el decisionismo sustentado en el lobby y la representación mayoritaria basada en la aparente sensibilización con la víctima-electora (clientelismo político). No es popular legislar desde una criminología del procesado, sino desde las particularidades del daño de la víctima, pues teológicamente las ideas del bien/mal aún forman parte de la retórica republicana. Por ende, la construcción del sujeto a quien reprochar el hecho, acción o conducta en la violencia de género es simbolizada a través de la relación amigo-enemigo (Schmitt, 1985: 23).

Evidentemente, no es necesario redundar en qué bando de esta relación se encuentra el presunto agresor del género.

La acción colectiva feminista, que demanda del poder punitivo el enjuiciamiento y la sanción a los agresores de las múltiples manifestaciones de violencia contra la mujer, podría inscribirse dentro del denominado Derecho Penal del Enemigo (Jakobs, 2006: 93-116). Esta doctrina se caracteriza por las siguientes consecuencias: a) por una parte, se construye un Otro a quien reprochar la violencia y sobre quien se estructuran criterios de peligrosidad, el cual generalmente es el hombre; y,

b) por otra parte, se excepciona su régimen jurídico de persona al negársele algunas de las garantías judiciales, tanto en la fase sustantivo- penal (más agravantes abstractas y delitos sin estricta legalidad) como en la procedimental (juicios rápidos y sin contradicción) y las penitenciarias (no indultos o amnistías y vigilancia punitiva ex post condena). El victimario en la violencia contra la mujer no es merecedor de un mismo estatus de igualdad jurídica como lo es generalmente el procesado en los demás delitos. Muestra de ello es la obligatoriedad de las y los jueces de garantías penales de ordenar la prisión preventiva sobre los procesados en las infracciones contra la integridad sexual, tal como lo establece el artículo 611 del proyecto de COIP.

Dentro de la investigación de delitos contra la libertad sexual es alarmante observar cómo se niega de “normalidad” al procesado. Aunque jurídicamente todas las personas procesadas gozan del estatus de inocencia, el ritual de la pesquisa las etiqueta como sujetos peligrosos. La prognosis de los peritajes en este tipo de delitos

adelanta la culpabilidad bajo cuestionables criterios psicológicos o científicos. De esta forma, podemos encontrar la siguiente valoración psicológica (Informe No. 083-IC) del Instituto de Criminología de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, de fecha 24 de mayo de 2012, dentro de la investigación de un caso de atentado al pudor, que dice:

“b) Psicodiagnóstico [2] Área Emotiva Afectiva: Presenta rasgos de trastorno esquizofrénico depresivo, con sentimientos de derrota, impulsividad, carga y descarga instantánea y agresividad. Con confusión en la identidad sexual, rasgos de homosexualidad, falta de control, inadecuación sexual y sentimientos de rechazo por parte de una mujer. También rasgos de alcoholismo, es sensible a la crítica u opinión social, con excesiva preocupación por el contacto con la realidad, vida acentuada en la fantasía y con defensas contra el temor de que la fantasía escape de su control.”

A simple vista, la lectura de este informe coloca sobre el investigado el rótulo de “culpable del delito de atentado al pudor”, el cual lejos de gozar de criterios científicos presenta manifiestas calificaciones morales y (pre)juzgamientos a partir de adjetivos. Sin embargo, la narración de sobre los *monstruos* de la violencia sexual, consagrando nada menos que una alianza entre lo jurídico y lo biológico, es decir entre lo imposible y lo prohibido (Foucault, 1999: 61). En ello, los medios de comunicación han contribuido a proferir un mayor etiquetamiento del enemigo a través de casos paradigmáticos como “Camargo”, “El Monstruo de los Andes” o “El desdentado del Pichincha”. La idea del criminal conjuga con el mito; no obstante, en todo caso, éste nunca dejara de ser percibido como el enemigo de la sociedad, sobre quien además se instauran las más inverosímiles propuestas de castigo por parte del activismo feminista, tales como; la esterilización química, la castración o la pena de muerte.

Desde el biologismo feminista el hombre es el sujeto de la agresividad y la violencia, lo cual ha sido develado a través de campañas publicitarias donde se lo muestra como un ser (des) culturizado y proclive al irrespeto de la mujer, sobre todo por no controlar –reprimir– su libido. Cualquier gesto o mirada puede ser interpretado en clave de agresión sexual o atentado al pudor. Las campañas han llegado incluso a establecer códigos binarios sexistas

para la transportación pública, pero no precisamente a partir de representativos reportes estadísticos sobre la inseguridad ciudadana contra la mujer, sino, simplemente, sobre criterios biológicos fundados en la desconfianza al comportamiento sexual del hombre. La cultura penal que emerge del biologismo no reprime el *hacer* sino el *ser*, atrofiando aún más el yo a través de un sentimiento de culpabilidad que termina por angustiar al mismo supuesto agresor, haciéndole creer que todo su hacer debe cambiar su forma de ser (Freud, 2000: 66-92). Las coacciones externas (cultura penal) se convierten entonces en coacciones internas (auto represión y vergüenza), configurando así sociedades donde “lo civilizado” es lo que menos contacto tenga con lo humano (Elías, 1994: 449-463). Tal es así que en algunos países del bloque Noroccidental no se tolera si quiera el arrimarse a otra persona involuntariamente en el metro, aunque éste haya estado saturado de pasajeros.

A su vez, la agresividad no siempre desencadena en agresión, aunque existan fuertes pulsiones para hacerlo; por ende, agresividad y violencia no son sinónimas. La agresividad en sí es común al sujeto mientras que la violencia –que no necesariamente es su consecuencia– depende de patrones más allá de éste (Seguí, 2012: 55-56). No obstante, la acción colectiva feminista imprime en su discurso la promesa de eliminar la violencia de género reprochando públicamente al agresor, empleando para ello la filuda herramienta del derecho penal, es decir, del instrumento legal más violento del ordenamiento jurídico. El falocentrismo contradice al mismo principio de igualdad; en consecuencia, no garantiza la eliminación o reducción de la violencia contra la mujer generada por el hombre, sino su eliminación a través de la cognitiva construcción del sujeto peligroso. Creer sexistamente que las mujeres son de Venus y los hombres de Marte no contribuyen en nada a mejorar la relación entre mujeres y hombres, sino, por el contrario, fomenta su distancia.

3. SÍNTESIS: EL PUNITIVISMO O LOS CAMBIOS CUALITATIVOS A CUANTITATIVOS

El punitivismo es una estrategia para inducir en la actividad legislativa la creación de nuevos delitos y el endurecimiento de las penas, sin importar la inflación de penalidad a partir de la norma. La gran característica del clima punitivista es el incremento cuantitativo de injustos penales, es decir, de reproches a acciones que antes no

fueron concebidas en el espacio público como tipos penales, pero que hoy en día deben ser sólo leídas a través de un catálogo de delitos. Por ende, el punitivismo agrega todos los corporativismos penales sin importar su procedencia u origen; existe, por tanto, un punitivismo ambiental, un punitivismo antidrogas, un punitivismo fiscal o tributario, un punitivismo patrimonial o de defensa a la propiedad privada, un punitivismo para regular el tránsito, un punitivismo para resguardar el patrimonio cultural, un punitivismo de género, entre otros. Muestra de ello es el escalamiento del castigo en el caso del acoso sexual, que de ser un comportamiento reprochable pasó a tener sanciones de tipo administrativo o civil hasta, finalmente, llegar al mundo del derecho penal, desde donde no hay retorno –prohibición de regreso– hacia un tratamiento no penal para la solución de este tipo de conflictos.

En el caso de los injustos penales sobre género, el punitivismo se alimenta de las demandas feministas para incorporar nuevos delitos y que fundamentan su discurso en forzadas casuísticas. Un caso particular de violencia contra la mujer se convierte en el *caso estándar* para cualquier reproche a las diversas manifestaciones o formas de agresión. La sola expresión “violencia contra la mujer” nos traslada al infinito de hipótesis sobre agresiones que van desde la violencia doméstica –en términos por ejemplo morales o psicológicos– hasta una violación agravada. El salto dialéctico a la inversa de lo cualitativo a lo cuantitativo no se refiere a los tradicionales, compartidos y condenables casos que tenemos sobre violencia doméstica, sino a las paradójales circunstancias en que se desenvuelven nuevas formas de criminalidad que, forzosamente, todos ahora debemos compartir.

En este escenario surge la demanda para tipificar en todas las legislaciones latinoamericanas el delito de *femicidio*. Sin importar las singulares formas de violencia que padece la sociedad mexicana –y que enhorabuena no tenemos en Ecuador– a raíz de la expansión de la criminalidad organizada y el debilitamiento de las instituciones estatales, lo cual ha sido incluso visibilizado ante el sistema interamericano dentro del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 2009, el activismo feminista ha incorporado en su agenda el interés de legislar el delito de femicidio, el cual importa de otras legislaciones subjetivos supuestos de hecho que incluso han sido cuestionados en países como Guatemala, donde también existen los tribunales especializados para su juzgamiento.

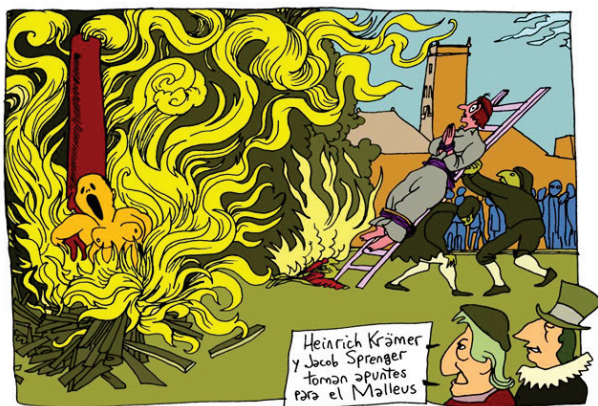
El femicidio es vertido desde la concepción del feminicidio, que es la muerte generalizada y sistemática de mujeres, trasladando este mismo axioma al enjuiciamiento de casos en particular con énfasis en circunstancias devenidas de la relación de pareja. Sin embargo, a pesar que la propuesta para su tipificación adolece de una débil consistencia jurídico-dogmática, la presión para su tipificación se sostiene desde el sentimiento de inseguridad, sin importar que Ecuador no comparta la misma realidad mexicana y que cuente con suficiente legislación penal para sancionar el asesinato. A pesar de ello, la propuesta genera una desigualdad de lo punible entre la muerte de mujeres y hombres, que no hacen más que reafirmar también la desigualdad entre hombres y mujeres, pues “...*si decimos que la mujer es un grupo de por sí débil y debe ser protegido por el sistema penal, estamos perpetuando la debilidad.*” (Böhm, 2012).

Aunque empíricamente no existan investigaciones fiables y representativas que demuestren la necesidad de tipificar nuevos delitos, la demanda de más punitivización coloca al Ecuador como el país del turismo sexual (Art. 64 COIP), la inseminación no consentida (Art. 96 COIP), la distribución de material pornográfico (Art. 98) o la esterilización forzada (Art. 99). En algunos casos el punitivismo presenta exageraciones de corte moral, que han llevado a penalizar subjetivos comportamientos sociales bajo indefinibles apreciaciones de lo sexual, e incluso, a superar la pena del homicidio de once a quince años de prisión (Art. 77 COIP), tal como ocurre en el siguiente delito propuesto:

Artículo 63 COIP.- Exhibición pública no consentida.- Quien organice, promueva, adquiera, contrate o *presencie* la exhibición total o parcial del cuerpo con *finés de naturaleza sexual*, en que utilicen a niñas, niños o adolescentes, personas mayores de sesenta y cinco años de edad o personas con discapacidad empleando sobre ellas violencia, intimidación o engaño será sancionado con *pena privativa de libertad de diecinueve a veinticinco años* (cursivas mías).

El punitivismo en la militancia feminista es un contrasentido. Si las reivindicaciones históricas del feminismo han servido para cuestionar la microfísica de la cultura machista, patriarcal o androcéntrica, el empleo del poder punitivo desdice de ello, toda vez que éste se funda precisamente desde las estructuras más patriar-

cales y machistas que ha tenido la humanidad. Cabe recordar entonces que fue en 1484 cuando los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger publicaron el afamado *Malleus Maleficarum*, más conocido como “El Martillo de las Brujas”, instrumento que, por una parte, consagró el nacimiento del derecho penal a través de la consolidación de estructuras literarias dogmáticas, procesales, ejecutivas y criminológicas; y, por otra parte, sirvió de discurso para que millones de mujeres fueran lanzadas a la combustión más grande que ha tenido el Medio Evo (Zaffaroni, 2000: 19-37). Los Tribunales de la Santa Inquisición usaron el *Malleus Maleficarum* para ejecutar a las mujeres bajo el argumento de servir al demonio mediante la mazonería, apostasía, herejía o brujería.



La militancia feminista que demanda transformaciones en el sistema penal presenta también sus contradicciones, pues a la vez que exige el incremento de nuevos tipos penales y el aumento de las penas, demanda la descriminalización del aborto, lo cual despierta como oposición a un activismo mucho más fuerte –ideológica y políticamente– en nuestros pueblos: la Iglesia Católica. A su vez, mientras el punitivismo de género plantea el incremento de la penalidad, miles de mujeres son presas mayoritarias de la expansión del mismo poder punitivo en los delitos de drogas (Edwards, 2010: 57), situación que al parecer tampoco forma parte de la centralidad o núcleo del discurso en los intereses actuales de la acción colectiva feminista. El punitivismo en sí es contradictorio para la política y sobre todo para la construcción de los Derechos Humanos.

2 Caricatura diseñada por Miguel Rep, tomada de *La Cuestión Criminal* de Eugenio Raúl Zaffaroni.

CONCLUSIONES INCONCLUSAS: ¿CUÁL ES EL CAMINO?

El feminismo punitivo se alimenta de características que complejizan aún más el desarrollo de la democracia, la afirmación de la igualdad y la construcción de una política al tenor de los Derechos Humanos. Si bien me inscribo en las grandes reivindicaciones de género que, por ejemplo, han permitido una mayor inserción laboral de la mujer en los espacios de la política; el acceso, ascenso y permanencia al servicio público; y, la conformación de las judicaturas, el sólo empleo del lenguaje penal despierta más de una duda en saber si efectivamente se está mejorando la democracia.

Las demandas para efectivizar las medidas de acción afirmativa y la aplicación de leyes de cuotas en términos de derechos sociales han sido desplazadas por la seducción del poder punitivo, lo cual ha llevado al género a un reduccionismo de su militancia, usando el castigo como mecanismo para exigir políticas sociales para la eliminación de la violencia y las formas de discriminación. De esta forma, el feminismo punitivo silencia mediante el victimismo otras formas de violencia, enfoca falocéntricamente como la causa del conflicto al hombre y amplifica un arma de doble filo como es el derecho penal. Con ello, irónicamente, si el machismo es violencia, el feminismo punitivo también.

Crear que con el poder punitivo se van a sellar los conflictos de agresividad y violencia contra la mujer es más que delirante. El empleo del lenguaje punitivo no solo arremete al progresismo del activismo feminista, sino también a la misma construcción de ciudadanía, pues con ello son cada vez mayores las demandas de penalidad en el resto de las organizaciones de la sociedad civil mediante una peligrosa adscripción hacia una cultura del castigo (Garland, 2006: 290-292). No obstante, el discurso del castigo no cohesiona sino que fragmenta aún más el tejido social.

Sin duda este no es el camino correcto, pues la eliminación o reducción de la violencia no es una tarea que se realiza políticamente contra los hombres sino con los hombres. Solo así podemos cohesionar el sentimiento que los maltratos contra las mujeres son también heridas para todos.

BIBLIOGRAFÍA

Badinter, Elisabeth, *Hombres/Mujeres: cómo salir del camino equivocado*, México, FCE, 2003.

Böhm, María Laura, "La figura del femicidio no va a frenar la conflictividad ni la violencia de género", en *Diario El Atlántico*, descarga digital, 23/07/2012.

Camacho, Gloria et. al., "Derechos, violencia de género y justicia: estudio de las comisarías de la mujer: Cuenca-Ecuador", en *Comisarías de la mujer en América Latina. Una puerta para detener la violencia y acceder a la justicia*, Quito, CEPLAES, 2010.

Edwards, Sandra, "La legislación de drogas de Ecuador y su impacto sobre la población penal en el país", en *Sistemas sobrecargados*, Ámsterdam, TNI-WOLA, 2010.

Elías, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, FCE, 1994.

Facio, Alda, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Frías (eds.), *Género y Derecho*, Santiago, LOM, 1999.

Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social*, México, FCE, 2011. Foucault, Michel, *Los Anormales*, México, FCE, 1999.

Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.

Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Madrid, Alianza editorial, 2000.

Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI, 2006.

Jakobs, Günther, "¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad", en Cancio Meliá y Gómez-Jara (eds.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Montevideo, B de F, 2006.

Larrauri, Elena, *Mujeres y Sistema Penal: violencia doméstica*, Montevideo, B de F, 2008.

Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Grupo

Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung y Georg August Universität Göttingen, 2010.

Paladines, Jorge Vicente, "La cárcel de los abuelos", en *Defensa y Justicia, revista institucional de la Defensoría Pública del Ecuador*, Quito, No. 3, mayo de 2013.

_____, "La legítima defensa del género o la ley del más fuerte", en *Memorias del XIX Congreso Latinoamericano, XI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Loja, ILDA y Universidad Nacional de Loja, 2007.

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985.

Seguí, Luis, *Sobre la responsabilidad criminal: psicoanálisis y criminología*, México, FCE, 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "El discurso feminista y el poder punitivo", en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000.

CIUDADANÍA, SISTEMA PENAL Y MUJER

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal;
Director del Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco.

Como destacara ya en 1971 E.GIMBERNAT ORDEIG¹, a lo largo de la historia, el sistema penal se ha ocupado siempre de la mujer a partir de los intereses de un tipo de hombre determinado, caracterizado por una mentalidad y escala de valores que no veían propiamente en la mujer una verdadera ciudadana, sino una madre, esposa o hija. En los albores del siglo XXI, la paridad e igualdad real entre los sexos constituye, sin embargo, uno de los “retos de la ciudadanía”², que comienza a reflejarse en la política criminal.

I. UNA NOCIÓN EN EXPANSIÓN: LA “CIUDADANÍA”

Desde una perspectiva histórica y etimológica la noción de ciudadanía es una “invención de las ciudades griegas”³ y hace referencia exclusivamente al derecho de participación en la gestión de los asuntos públicos. Tras la expansión del concepto de ciudadanía en Roma, la experiencia de las villas medievales (“el aire de la ciudad libera”)⁴ y “su eclipse en la era de las monarquías”⁵, la Ilustración y la Revolución francesa dieron solidez al concepto moderno de ciudadano, con un pleno contenido de naturaleza política.

Ahora bien, como tantos otros conceptos, la noción de ciudadanía presenta acepciones diversas⁶. La “ciudadanía” se asimila frecuentemente a la “nacionalidad” y, por consiguiente, se define de

1 “La mujer y el Código penal español”, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pp.78 ss.

2 *Documentation française*, http://www.vie-publique.fr/decouverte_instit/citoyen/citoyen_1_2_1_a0.htm

3 *Ibidem*

4 M.A.Durán, *La ciudad compartida: Conocimiento, afecto y uso*, Madrid, 1998, p.42.

5 *Ibidem*.

6 Sh.Meer y Ch.Sever, “Redéfinir la citoyenneté”, *Genre et Développement En Bref*, 14, septiembre 2004, p.1.

modo jurídico-formal, esto es, como ese estatuto de derechos y deberes de naturaleza civil, socioeconómica y política legalmente proclamados y de los que disfrutaban los ciudadanos nacionales frente al Estado. Sin embargo, para la perspectiva sociopolítica o sustantiva, el concepto de ciudadanía remite no al estatuto político, sino al “estatuto social de miembro de una comunidad política determinada”⁷; éste no sólo comprende todo el conjunto de derechos, deberes y obligaciones en que se traduce el vínculo jurídico entre el individuo y el Estado, sino que implica también otras cuestiones y principios como “la igualdad, la justicia y la autonomía”⁸. La ciudadanía se presenta entonces como un concepto caracterizado por una mayor “flexibilidad”, y se convierte en una noción “dinámica y contestada”: los derechos y responsabilidades cambian con el transcurso del tiempo y “como resultado de las luchas sociales, del cambio económico y de la evolución de la ideología gubernamental”⁹.

Es esta última acepción del término –a veces calificada de postmoderna¹⁰– la que hace de la ciudadanía una idea cada vez más empleada y plenamente en expansión: pues sin olvidar la relación entre individuo y Estado, lleva a ocuparse de esta relación de un modo no estrictamente jurídico, interesándose también por “la sociedad de la que el Estado es expresión política”. La ciudadanía no se agota ya en el reconocimiento formal de los derechos de los ciudadanos; se interesa no sólo por la posesión formal de derechos, sino también por las “condiciones necesarias”¹¹ para su ejercicio. Y la ciudadanía se convierte consiguientemente en un “concepto evolutivo, dialéctico”, un “proceso de conquista permanente de los derechos formales y de exigencia de políticas públicas que permitan hacerlos efectivos”¹².

7 K.Faulks, “Rethinking citizenship education in England. Some lessons from contemporary social and political theory”, *Education, citizenship and social justice*, 1(2), 2006, p. 123.

8 K.Faulks, *Citizenship*, London, 2000, p.13.

9 K.Faulks, “Rethinking...”, *cit.*, p.124.

10 R.Shaw, “The Enlightenment concept of citizenship, rights and governance in Modern and Postmodern Status”, <http://robertshaw.orcon.net.nz/CitizenshipShawpdf.pdf>, p.3.

11 J.Arango, “Ciudadanía, diversidad y civismo”, *El dossier de Ciudadanía*, La Caixa, p. 21, <http://www.educatlia.org/edu2/exterbs/ciudsadania/cast/materials/dossier-cast.pdf>

12 J. Borja, “La ciudad y la nueva ciudadanía”, *La factoría*, 17, 2002, p.2.

II. MUJER Y CIUDADANÍA

Históricamente, la ciudadanía sólo benefició a ciertas categorías de personas: los “hombres” libres. A las mujeres, a los extranjeros, a los esclavos no se les reconocían los derechos de los ciudadanos (o, en el mejor de los casos, no todos).

La identificación formal ciudadano-persona vino más tarde, al final de la Edad Moderna, con la expansión de la idea moderna de la nación y las revoluciones liberales. Estas, en sus declaraciones de derechos, se dirigen a todos y proclaman la libertad y la igualdad formal ante la ley de todos los ciudadanos nacionales, sin discriminación por razones de edad, sexo... Ahora bien, el liberalismo tradicional no garantizaba por sí mismo el ejercicio real de la ciudadanía y la extensión formal del campo de aplicación de la ciudadanía no se vio siempre acompañada por la misma extensión formal de todos los derechos del ciudadano¹³, como bien pone de manifiesto la historia del derecho de sufragio (democracia censitaria en el siglo XIX, conquista del derecho al voto por la mujer...)¹⁴. En realidad, “la historia de la expansión de la ciudadanía corre pareja a la historia de la democracia”¹⁵, a través de “procesos conflictivos de diálogo social y de formalización política y jurídica”¹⁶, abarcando cada vez más individuos (superando las barreras de sexo, propiedad y origen, y reduciendo las de la edad) y ampliando la lista y el contenido real de los derechos inherentes a la ciudadanía.

En cualquier caso, si desde el prisma sustantivo la ciudadanía obliga a superar las desventajas de partida y a combatir todo tipo de discriminación, hay que reconocer que el logro del ideal de la “ciudadanía para todos”¹⁷ tiene aún un largo camino por recorrer. Dejando de lado, por el momento, la cuestión del tratamiento de inmigrantes y extranjeros, por factores diversos (y debido en ocasiones a las inercias sociales y culturales) la exclusión social y política continúa afectando a ciertas categorías de nacionales, a pesar de los logros en el plano civil, político y social, y de las grandes declaraciones formales al más alto nivel legal.

13 J.Borja, *ibidem*, p.1.

14 J.Arango, “Ciudadanía...”, *cit.*, pp.21 ss.

15 J.Arango, *ibidem*, p.22.

16 J.Borja, “La ciudad...”, *cit.*, p.2.

17 J.Arango, “Ciudadanía...”, *cit.*, p.23.

Este es el caso de la mujer, cuya paridad e igualdad real con respecto a los hombres sigue pendiente de realización. Ciertamente la evolución habida hacia la paridad durante el último siglo ha sido importante y se ha traducido en numerosas reformas legales y reglamentarias en no pocos países, así como en la adopción de medidas de discriminación positiva. Con todo, hasta en los países más desarrollados, en general, persisten los “prejuicios sociales, jurídicos e intelectuales con los que se ocultan y se tratan de justificar las discriminaciones que se practican contra las mujeres”¹⁸. La igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres todavía está lejos: la participación de las mujeres en la vida política sigue siendo minoritaria, las mujeres sufren más paro que los hombres, a pesar de su frecuentemente mejor formación y resultados en los estudios superiores, ocupan puestos de trabajo de nivel inferior, ganan salarios menores...

En suma, desde la perspectiva sociopolítica o sustantiva, la ciudadanía de las mujeres sigue siendo un hecho “mal definido y mal resuelto”¹⁹, hasta en las democracias contemporáneas.

III. MUJER Y SISTEMA PENAL

Diferencias en el tratamiento del hombre y la mujer han existido y continúan existiendo (en ocasiones justificadamente) en el seno del sistema penal²⁰, donde la criminalidad femenina no recibe, por lo general, un tratamiento específico²¹.

1. Junto a disposiciones aplicables tanto a los hombres como a las mujeres, tradicionalmente, los Códigos penales se ocupaban de manera específica de la mujer, en cuanto tal, a través de determinadas incriminaciones y tipos penales²², como, por ejemplo, las relativas

18 J. Hurtado Pozo, “Presentación”, *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, p.20 (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

19 M.E.Simón Rodríguez, “Democracia vital o ciudadanía de las mujeres”, *Kikiriki*, 54, p.1 http://www.quadernsdigitals.net/index.php?accionMenu=hemeroteca.VisualizaArticuloIU.visualiza&articulo_id=1272

20 En razón de las especificidades del sistema penal de menores, el presente trabajo se ocupa tan sólo del sistema penal de adultos. En todo caso, sobre los menores extranjeros infractores en la Unión Europea, C. San Juan Guillén y J.L. de la Cuesta Arzamendi (eds.), *Menores extranjeros infractores en la Unión Europea. Teorías, perfiles y propuestas de intervención*, Bilbao, 2006.

21 R. Ottenhof, “Por un análisis específico de la criminalidad femenina”, en A. Beristain y J.L. de la Cuesta, *Cárcel de mujeres*, Bilbao1989, pp.47 ss.

22 M. Acale Sánchez, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006, pp.21 ss.

al aborto sin el consentimiento de la mujer, el infanticidio, las infracciones contra la familia. Pero sobre todo era en el marco de los delitos contra la honestidad –ámbito en el que las “complejas y polivalentes relaciones” entre el derecho y la moral se presentan de una manera especialmente aguda²³– donde la mujer se convertía en el sujeto pasivo casi exclusivo de determinadas modalidades criminales, como la violación; si bien, siguiendo la tradición, en la mayor parte de los casos, no pocas legislaciones permitían al agresor sustraerse a la pena casándose con la ofendida²⁴. La circunstancia agravante de desprecio del sexo y la imposibilidad de aplicación a las mujeres de la pena de presidio, más infamante que la de prisión, se añadían, por ejemplo en España, al conjunto normativo específico de protección.

2. En los ámbitos que se acaba de mencionar la perspectiva del legislador partía naturalmente de los intereses masculinos²⁵ y de la posición inferior de la mujer respecto del hombre, a quien correspondía velar por la dignidad de las madres, esposas e hijas²⁶. Esta perspectiva legitimaba también la discriminación penal de la mujer en un sentido claramente represivo²⁷:

- Así, y de forma descarnada, cuando se mancillaba el honor masculino: el marido (no la mujer) agraviado que mataba a la mujer infiel recibía un trato privilegiado²⁸.

23 J. Hurtado Pozo, “Moral, sexualidad y derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, pp. 25 ss. (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

24 En lo que concierne al Derecho penal español, A. Asua Batarrita, “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Vitoria, 1998, p.61.

25 R.de Vicente Martínez, “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, p.83 (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

26 E. Gimbernat Ordeig, “La mujer...”, *cit.*, p.78. Ver también, M. Acale Sánchez, “De la asexualidad de la ley penal a la sexualización del problema de los malos tratos en el ámbito familiar”, *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, p.105 http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

27 J. I. Lacasta Zabalza, “Género y ambivalencia del derecho y de su sistema penal”, en *Análisis...*, *cit.*, pp. 24 s.

28 La pena de deportación (en España hasta 1963); una pena tan mínima que podía interpretarse como “una auténtica invitación a eliminar a dos seres humanos”, E. Gimbernat Ordeig, “La mujer...”, *cit.*, p.79.

- Por otra parte, y hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, el adulterio puntual de las mujeres se castigaba en muchos países con pena superior al adulterio del hombre; aún más, conforme a ciertas tradiciones, sólo el concubinato era punible en el caso del varón.
- Los maridos –cuya autoridad marital sobre la mujer contaba con el respaldo del Derecho Civil– podían aplicar cierta violencia (con moderación) para corregir a la mujer; y beneficiarse de una excusa absolutoria si descubrían los secretos de sus mujeres o abrían su correspondencia.
- El derecho al débito conyugal anulaba –salvo en casos excepcionales (frágil o débil salud de la mujer, exigencia de actos “*contra natura*”, peligro de transmisión de enfermedades)– cualquier posibilidad jurídica de aplicación de las penas de la violación a las agresiones violentas entre cónyuges²⁹, respecto de las cuales sólo los resultados contra la vida o la integridad resultaban punibles como homicidio o lesiones.
- Al mismo tiempo, y como la honestidad era el bien jurídico a proteger en materia de delitos sexuales, en el seno del proceso el debate solía girar en torno a la reputación de la mujer y de la resistencia (suficiente/insuficiente) opuesta por su parte a la agresión³⁰.

3. La mayor parte de estas disposiciones fueron progresivamente derogadas por las reformas penales habidas en la casi totalidad de los países occidentales durante la segunda parte del siglo XX. Así, en España³¹, de manera paralela al declive del régimen franquista, la reforma del Código Civil de 1975 derogó la sumisión de la mujer al marido. Además, a partir de 1976, con la transición política y, en particular, con la llegada de la democracia –y la declaración constitucional de la igualdad de todos los ciudadanos y el repudio de toda forma discriminatoria, entre otras, por razón de sexo (art.

29 A. Asua Batarrita, “Las agresiones...”, *cit.*, pp.64 ss. Ver también, C. Carmona Salgado, “Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada, 1999, pp.665 ss; B. San Martín Larrinoa, “La violación en el matrimonio”, *Cuadernos de Política Criminal*, 62, 1997, pp. 499 ss.

30 E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995.

31 J.L.de la Cuesta, “Les femmes en droit pénal espagnol: passé, présent, perspectives”, en *Le champ pénal. Mélanges en l’honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, 2006, pp.411 ss.

14 Constitución de 1978)– se sucedieron múltiples reformas: en materia de aborto, en 1985 se autorizó en determinados supuestos la exención de la pena con base en el sistema de indicaciones.

Por su parte, el nuevo Código penal “de la democracia”, finalmente aprobado en 1995, reflejando perfectamente la evolución habida en la materia, además de eliminar el tipo específico de infanticidio³², reformó profundamente la regulación de ciertas materias relativas a la criminalidad y/o victimización de la mujer³³, añadiendo nuevas e importantes disposiciones contra la discriminación y en cuanto a la violencia doméstica.

3.1. Muy profundas fueron las reformas introducidas en materia de delitos sexuales, cuya actual regulación –que abandona toda referencia a la honestidad³⁴– se remonta principalmente al año 1989 y, tras diversas reformas, se centra en la actualidad en la protección de la “libertad e indemnidad sexuales”³⁵ de mujeres y hombres³⁶.

Siguiendo el nuevo enfoque³⁷ se distingue, en primer lugar, entre:

- las agresiones sexuales (ataques con violencia o intimidación contra la libertad sexual, cuyas modalidades más graves son las constitutivas de violación) (art. 179 CP),
- los abusos sexuales, y
- el acoso y el chantaje sexual³⁸.

32 M. J. Virto Larruscain, “La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto”, en *Análisis... cit.*, pp.115 ss.

33 Así, por ejemplo, en el seno de los delitos relativos a la manipulación genética, el Código penal de 1995 tipifica las prácticas de reproducción humana asistida sobre una mujer sin su consentimiento (art.161, tras la reforma de 2003).

34 Hasta la reforma introducida por LO 15/2003 el art. 612, 3 seguía tipificando, con todo, los “atentados al pudor” en caso de conflicto armado.

35 J. L. Díez Ripollés, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, pp. 51 ss. (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

36 E. Orts Berenguer, M. Roig Torres, “Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Cuadernos de Política Criminal*, 84, 2004, pp.99 ss. Asimismo, M. Gómez Tomillo, “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 5, 2005, pp.123 ss; R.de Vicente Martínez, “Los delitos...”, *cit.*, pp. 85 ss.

37 Ver también reforma del Código Penal por L.O.5/2010.

38 La persecución de las agresiones, abuso y acoso sexual exige denuncia por parte de la víctima o presentación de querrela por parte del Fiscal; el perdón de la víctima o de su representante legal no tiene efecto para la extinción de la acción ni de la responsabilidad penal (art. 191).

También se ocupa el Código penal del exhibicionismo y provocación sexuales (arts. 185 y 186).

En cuanto a la prostitución, que no constituye por sí misma un delito en muchos lugares³⁹, el Código penal tipifica conductas diversas en relación con la prostitución de personas mayores de edad⁴⁰. Respecto de los menores o incapaces, junto a la facilitación de la prostitución se castiga:

- la utilización de este tipo de personas en sesiones de exhibicionismo o para la pornografía,
- el tráfico y posesión de material pornográfico,
- hacer participar a menores o incapaces en comportamientos de naturaleza sexual que perjudiquen su evolución o el desarrollo de su personalidad,
- el incumplimiento de ciertos deberes por parte de los padres, tutores o por quienes tengan a los menores bajo su guarda o acogimiento...

3.2. Entre las disposiciones penales contra la discriminación, de la que la discriminación por razón de sexo constituye tan sólo una de sus manifestaciones⁴¹, en un plano general, el art. 22, 4º del nuevo Código penal define como agravante aplicable a todo tipo de infracción su comisión por motivos discriminatorios basados en la raza, ideología, religión, creencias, etnia, nación a la que pertenezca la víctima, su sexo o su orientación sexual, o su enfermedad o minusvalía; pero el hecho discriminatorio también puede convertirse en una infracción por sí misma, si tiene lugar en el marco del empleo público o privado (art. 314) o respecto de servicios públicos o con ocasión del ejercicio de actividades profesionales o empresariales (arts. 511 y 512).

La provocación a la discriminación y al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por razones discriminatorias, así como la difusión (por las mismas razones) de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones, a sabiendas de su falsedad o con desprecio temerario por la verdad, constituyen igualmente infracciones punibles

39 M. L. Maqueda Abreu, "Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida (1)", en *Análisis...*, cit., pp.161 ss.

40 F.J.de León Villalba, "Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas", en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca, 2000, pp.101 ss.

41 P. Laurenzo Copello, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Análisis...*, cit., pp.241 ss.

(art. 510)⁴². Además, se declaran penalmente ilícitas las asociaciones que promuevan o inciten al odio o a la violencia contra otras personas, grupos o asociaciones por razones, entre otras, de su sexo (art. 515-5º).

4. Las reformas más importantes –en muchos países y, también, en España– se han producido, con todo, en el marco familiar.

4.1. De un lado, el adulterio y amancebamiento han ido desapareciendo como tipos penales independientes, habiéndose despenalizados los hechos salvo que constituyan otras infracciones, como el abandono de familia.

4.2. Por otra parte, si el hecho de no prestar la asistencia necesaria y legalmente establecida para el sustento, entre otros, del cónyuge constituyó siempre una infracción penal, en determinados países las reformas penales han acabado por introducir una nueva tipificación. Así el nuevo Código penal español, sigue la senda abierta en 1989 de tipificación (entre las infracciones contra los deberes familiares) del impago de las prestaciones establecidas en casos de separación, divorcio, nulidad matrimonial (al igual que de las derivadas de procesos de filiación o de alimentos en favor de los hijos) (art. 227)⁴³ cuando el impago afecte a la suma total impuesta o bien se extienda por dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos.

IV. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER

El caso de la violencia doméstica merece una atención especial.

En el ámbito familiar, el fenómeno de la violencia doméstica, y en particular de la violencia contra la mujer, muestra, en efecto, de la manera más descarnada cómo la ciudadanía continúa siendo algo todavía bastante precario para las mujeres. Últimamente, ha comenzado a centrar la atención de los legisladores tanto en el plano internacional y europeo, como en derecho comparado.

La razón es clara: la violencia contra las mujeres sigue estando muy extendida en el mundo: a nivel global “los índices de violencia contra las mujeres (...) se encuentran en el 45%”⁴⁴. En general, la

42 J. Ferreiro Galguera, “Las libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imam de Fuengirola”, *Revista Poder Judicial*, 72, 2003, pp.221 ss.

43 M. Pérez Manzano, “El impago de prestaciones económicas a favor de cónyuge y/o hijas e hijos”, en *Análisis...*, cit., pp.217 ss.

44 Conseil de l'Europe, *Combattre la violence à l'égard des femmes. Etude du bilan des mesures et actions prises dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 2006, p.7.

estadísticas muestran en Europa que de un 20 a un 50% de mujeres (distribuidas por las diversas edades y clases sociales) son víctimas de violencia doméstica conyugal y que, para las mujeres de 15 a 44 años de edad, la violencia familiar o doméstica constituye la primera causa de muerte y de invalidez, por delante del cáncer, de los accidentes de circulación y de la guerra.⁴⁵

1. El interés de la Comunidad internacional se manifestó ya formalmente a partir de la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979) y de la Recomendación R (85) 4 del Consejo de Europa sobre la violencia en el seno de la familia.

En 1994 las Naciones Unidas publicaron la Declaración sobre eliminación de la violencia contra las mujeres (Resolución 48/104 de la Asamblea General de 20 diciembre 1993). Esta afirmaba, entre otras,

“que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos de la persona humana y de las libertades fundamentales e impide parcial o totalmente a las mujeres el disfrute de esos derechos y libertades”.

Por su parte, la Declaración de Beijing, adoptada con ocasión de la IV Conferencia Mundial de 1995, considera que la violencia contra la mujer (esto es, cualquier acto de violencia sexista que se produce en público o en privado y que supone –o puede suponer– un ataque a la integridad o a la salud física, psicológica o en la esfera sexual de la mujer) es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que merece una total condena.

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos pidió en 1997 a los gobiernos una intervención activa para la erradicación de la violencia en el seno de la familia y en la comunidad y para prevenir, investigar y (conforme a la legislación nacional, reforzándola si fuera necesario) para castigar los actos de violencia contra la mujer y asegurar a las víctimas el acceso a medios de reparación justos y

45 Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana. Comisión de Asuntos Sociales, Jóvenes y Niños, Intercambios Humanos, Educación y Cultura, *Documento de trabajo. El feminicidio en la Unión Europea y en América Latina*, Ponente del PE: Raül Romeva i Rueda, 17.6.2013. http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/committees/social/meetings/2013_07_16-17_vilnius/working_doc/ep/940344es.pdf.

eficaces y a una asistencia especializada, sin que puedan invocarse razones de costumbre, tradición o práctica religiosa para evitar el cumplimiento de esta obligación.

Por su parte, en 2006 el Secretario General hizo público el importante Estudio a Fondo sobre Todas las Formas de violencia contra la Mujer y son muchas las resoluciones sobre el tema del Consejo de Derechos Humanos y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que recientemente se ha centrado de manera especial en la intensificación de esfuerzos para eliminar la violencia contra las mujeres y la trata de mujeres y niñas⁴⁶.

2. En el plano europeo, tanto en el seno del Consejo de Europa, como a nivel de la Unión Europea se han multiplicado los documentos e instrumentos sobre esta realidad multidimensional que “se inscribe en *dinámicas estructurales plurales*” y presenta frecuente interrelación con el fenómeno de la violencia de los padres contra los menores⁴⁷. Destaca en todo caso, el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011.

3. Impulsados por la gravedad del problema y por los textos internacionales, son abundantes los planes de acción y las reformas en Derecho comparado⁴⁸.

Las medidas adoptadas son, por lo general, múltiples y de naturaleza plural (jurídicas, de prevención y represión de la violencia, de seguridad, de servicios y actividades de apoyo, de resocialización de los autores...)⁴⁹. En cuanto al enfoque a seguir, frente a las intervenciones sectoriales anteriores, que buscaban la vinculación de diferentes marcos jurídicos (derecho penal / medidas de protección o reglamentación del derecho de visita...), destacan ahora los enfoques

46 <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/global-norms-and-standards#sthash.L9TBl6pa.dpuf>

47 C. Chamberland, *Violence parentale et violence conjugale. Des réalités plurielles, multidimensionnelles et interreliées*, Sainte-Foy (Quebec), 2003.

48 V. Mayordomo Rodrigo, *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005; *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial II/2005. Ver asimismo, Conseil de l'Europe, *Législation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de violence à l'égard des femmes* (EG (2004) 2); [http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/egalit%E9/05._violence_envers_les_femmes/093_EG\(2004\)2.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/egalit%E9/05._violence_envers_les_femmes/093_EG(2004)2.asp#TopOfPage).

49 Conseil de l'Europe, *Combattre la violence...*, cit., pp.15 ss.

“holísticos”, en particular, si se traducen en la aprobación de una legislación global específica⁵⁰.

4. Ejemplo particularmente relevante de este enfoque holístico o global es el español⁵¹, cuyo desarrollo desde una política de carácter exclusivamente penal hacia una política “criminal” (y hasta victimológica)⁵² presenta un interés primordial.

4.1. Si se atiende a las estadísticas suministradas por los organismos oficiales⁵³, la gravedad del problema de la violencia contra la mujer en España no presenta duda alguna⁵⁴.

4.2. En realidad, el debate acerca del tratamiento punitivo de la violencia doméstica desembocó ya en 1989 en la inserción “tardía”⁵⁵ en el viejo Código penal de una tipificación específica (art. 425) consistente en el ejercicio de la violencia física habitual por parte de miembros del grupo familiar (sobre el cónyuge –o persona ligada de manera estable por relación análoga de afectividad–, sobre los hijos, menores o incapaces convivientes)⁵⁶. Este tipo penal fue mejorado y ampliado por el nuevo Código penal de 1995 (art. 153), que aumentó igualmente la pena, declarándola compatible, al mismo tiempo, con las susceptibles de imponerse en razón de los resultados (muerte, lesiones) de la violencia física aplicada.

En un primer momento, la incidencia en la práctica de la nueva figura delictiva no fue relevante, probablemente por la tendencia judicial a concentrarse más sobre los hechos individuales de maltrato,

50 Conseil de l'Europe, *ibidem*, pp.26 ss.

51 Ver, asimismo, con todo, Chipre (ley sobre violencia familiar, revisada en 2000) y Polonia (ley de 2005 sobre lucha contra la violencia doméstica).

52 J.L.de la Cuesta Arzamendi, “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, 2005, pp. 197 ss.

53 Ver, asimismo, A. I. Cerezo Domínguez, “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en M. A. Boldova Pasamar, M.A.Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 307 ss.

54 Para una descripción más detallada de la realidad en España, a partir de un estudio empírico, ver L. Morillas Cueva y otros, *Estudio empírico sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*, Madrid, 2006. Ver también M. Acale Sánchez, “De la asexualidad...”, *cit.*, pp. 123 ss.

55 E. Larrauri, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica...*, *cit.*, p.163.

56 Para una rápida revisión de la evolución legislativa en materia penal, B. del Rosal Blasco, “La política criminal contra la violencia doméstica”, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 327 ss.

entonces constitutivos de falta y que no permitían imponer prisión provisional. En cualquier caso, la necesidad de otras medidas de naturaleza no estrictamente penal⁵⁷ quedaba confirmada por las informaciones procedentes de la realidad, donde los casos de denuncia de agresiones y de maltrato familiar se incrementaban de año en año de manera muy importante según las estadísticas policiales.

Tal vez debido a ello se multiplicaron pronto las reformas penales, que se vieron acompañadas por reformas de carácter procesal dirigidas a asegurar la celeridad de las intervenciones y la aplicación de medidas de protección de las víctimas⁵⁸.

En 1999 la reforma del Código penal añade la tipificación de la violencia psíquica a la violencia física habitual, extiende el campo de protección a situaciones en que ha terminado la vida en común y establece criterios para la "habitualidad", un concepto susceptible de aplicación en caso de violencia ejercida sobre personas diferentes pertenecientes al mismo grupo familiar/doméstico, así como aunque los hechos hayan sido ya objeto de un proceso particular. Se autoriza a los jueces a acordar la prohibición (hasta por cinco años) de visitar o regresar a ciertos lugares y de aproximarse o comunicar con ciertas personas (art. 57).

Además, por vez primera, la reforma de 1999 completa el enfoque puramente penal con una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que abre a los jueces la posibilidad de imponer cautelarmente prohibiciones de residencia o de visita de ciertos lugares y de aproximarse o comunicar con ciertas personas, cuya infracción puede ser respondida con la adopción de medidas más restrictivas de la libertad personal del autor. La reforma procesal establece también la obligación de informar a la víctima de todas las intervenciones que puedan afectar a su seguridad.

En 2002 se introduce el sistema de los juicios rápidos, particularmente aplicables a los delitos y faltas de violencia doméstica.

4.3. A pesar de estas reformas, a comienzos del siglo XXI se multiplican las denuncias por parte de las instituciones y organizaciones de defensa y protección de la mujer; éstas y la extensión creciente de la conciencia de la gravedad de estos hechos (hasta no

57 Ya señalada por Quintero Olivares en su comentario a la reforma de 1989. "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio", *Anuario de Derecho Penal*, 1989, p. 937.

58 J.L.de la Cuesta Arzamendi, "De la política...", *cit.*, pp. 197 ss.

hace mucho amparados por el secreto familiar)⁵⁹ hacen emerger a la luz pública nuevos casos de homicidios y malos tratos habituales. La práctica mostraba, además, que en no pocas ocasiones, las agresiones más graves se producían tras la denuncia presentada por la víctima: la intervención penal llegaba, por tanto, demasiado tarde y era absolutamente imprescindible mejorar las medidas de protección.

Las últimas reformas insisten por ello en los aspectos procesales, aun cuando vengán acompañadas por nuevas modificaciones de la regulación penal.

4.3.1. Así, la Ley 27/2003 introduce “la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”. A través de un procedimiento rápido y sencillo, que se desarrolla ante el juez de instrucción de guardia, se trata de establecer todas las medidas provisionales de protección necesarias no sólo en el plano criminal (prisión provisional, prohibiciones de visita, de residencia, de acercamiento o de comunicación), sino también de carácter civil: atribución de la vivienda familiar, determinación del régimen de guarda y visitas respecto de los hijos, prestación de alimentos y cualquier otra medida tenida por necesaria para evitar peligros o perjuicios para los menores y las víctimas. La orden de protección supone igualmente la activación de todos los instrumentos de protección de las diferentes administraciones públicas y se ve completada por diversos protocolos de intervención judicial y policial⁶⁰, así como por la creación del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

4.3.2. Junto a la orden de protección, la Ley Orgánica 13/2003 reforma la prisión provisional, permitiendo su aplicación con el fin de evitar que el autor pueda atacar a la víctima (en particular, si se trata de una víctima doméstica), incluso en los casos en que la pena prevista para los hechos realizados no alcance los límites temporales establecidos con carácter general por la legislación procesal para la

59 M. Corcoy Bidasolo, “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, V-2001, pp.155 ss.

60 En razón del nivel de riesgo, el Protocolo de intervención policial y de coordinación de las fuerzas de seguridad con los órganos jurisdiccionales prevé que se facilite a la mujer (incluso antes de la presentación de la denuncia) un contacto directo y permanente con el funcionario encargado de su expediente, un teléfono móvil de acceso directo y medidas electrónicas adicionales.

aplicación de la prisión provisional (art. 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

4.3.3. En 2003, el Código penal es de nuevo modificado en lo relativo a la violencia doméstica por otra “reforma precipitada”⁶¹, operada por Ley Orgánica 11/2003⁶²:

- La tipificación de la violencia física y psíquica doméstica habitual se traslada a los delitos contra la integridad moral (art.173.2) con ciertas novedades:
 - se amplía de nuevo el campo de aplicación de las personas protegidas: tíos y tías (incluso políticos) y cualquier otra persona que por la relación que sea se encuentre integrada en la convivencia doméstica, así como las personas particularmente vulnerables internadas en centros públicos o privados;
 - al lado de la prisión (6 meses a tres años) se prevé la aplicación de nuevas penas: privación del derecho a la tenencia y porte de armas y, en su caso, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento;
 - las penas se imponen sin perjuicio de las que correspondan a los delitos y faltas cometidos, y se agravan si los hechos se producen en presencia de menores o con uso de armas o si tienen lugar en el domicilio común o en el de la víctima o con infracción de una pena o medida cautelar o de seguridad (o prohibición) adoptada para proteger a la víctima.
- Por lo que se refiere a los hechos puntuales de agresión contra la integridad o la salud de las personas pertenecientes al ámbito doméstico del delincuente, se transforman en delito⁶³ las anteriores faltas de maltrato doméstico, castigadas en lo sucesivo (art.153) con pena de prisión de tres meses a un año o, alternativamente, trabajos en beneficio de la comunidad (31-80 días), así como con la privación del derecho de tenencia o porte de armas y, en su caso, inhabilitación especial para

61 P. Laurenzo Copello, “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, 14, diciembre 2003, pp.4 ss.

62 A. Asua Batarrita, “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la reforma de la LO 11/2003 de 29 de septiembre”, *Cuadernos Penales. José María Lidón*, 1, 2004, pp.201 ss.

63 Ver, en sentido crítico, por el no respeto de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, M. J. Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004.

el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Las penas se agravan también aquí si los hechos se producen en presencia de menores o con uso de armas o si tienen lugar en el domicilio común o en el de la víctima o con infracción de una pena o medida cautelar o de seguridad (o prohibición) adoptada para proteger a la víctima.

- En fin, se elevan las penas de las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve sobre personas pertenecientes al ámbito doméstico del agresor, las cuales, salvo en el caso de las injurias, pueden ya ser objeto de persecución de oficio (art. 620 Código penal).

4.3.4. Una nueva ley, la Ley Orgánica 15/2003, vuelve a reformar en el mismo año el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La duración máxima de las penas de alejamiento, prohibición de acercamiento y de comunicación se alarga hasta diez años en caso de delitos graves y hasta cinco años si el delito es menos grave (art. 57); a la prohibición de acercamiento se añade la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia adoptado por la jurisdicción civil (art. 48). En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 544 bis) se prevé la posibilidad de imponer prisión provisional (y detención) entre las medidas más restrictivas de la libertad personal que el juez puede acordar en caso de incumplimiento de las medidas cautelares impuestas.

4.4. Las reformas de 2003 no ponen fin a la preocupación del legislador, motivada por la creciente incidencia del maltrato en familia y de la violencia doméstica contra las mujeres, algo confirmado por diferentes estudios criminológicos, que señalan un índice del 12-14% de maltrato en pareja y el aumento permanente del número de denuncias de maltrato y de mujeres matadas por sus (ex)maridos o (ex)parejas.

Si los límites del derecho penal en cuanto a la prevención de la violencia doméstica dieron lugar a la reforma procesal con objeto de permitir una intervención sin dilaciones protectora de las víctimas a la espera del juicio, en 2004, siguiendo las recomendaciones internacionales, la preocupación es ya asegurar una protección integral de la mujer frente a la violencia habitual. A partir de las elecciones legislativas el Gobierno surgido de la nueva mayoría parlamentaria –que en 2001 había presentado ya una proposición de Ley orgánica

integral contra la violencia de género⁶⁴– presenta un proyecto y, en diciembre de 2004, es aprobada la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁶⁵.

4.4.1. Objeto primordial de la Ley es integrar y coordinar las diversas intervenciones que emanan de las instituciones y poderes públicos (y las surgidas a partir de la iniciativa social) para luchar contra este fenómeno; así como la adopción de medidas suficientes para garantizar los derechos de las mujeres a la libertad, la igualdad y la no discriminación.

4.4.2. Siguiendo un enfoque global, en la línea de lo recomendado por los organismos internacionales y que ciertas Comunidades Autónomas habían comenzado ya a aplicar⁶⁶, el campo de intervención es la violencia doméstica contra las mujeres. Esta comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (art. 1.3), que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1)⁶⁷.

4.4.3. La estructura de la Ley Orgánica 1/2004 parte de las medidas de prevención (Tít. I) y de la definición de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia (Tít. II), para ocuparse a continuación de la tutela institucional, penal y judicial (Tít. III a V).

64 Grupo Socialista del Congreso. BOCG. Congreso de los Diputados nº B-183-1 de 21/12/2001. Esta proposición fue rechazada en la VI Legislatura por 165 votos contra 151. BOCG. Congreso de los Diputados nº B-183-2 de 16/09/2002.

65 M. Comas d'Argemir Cendra, “La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en M. A. Boldova Pasamar, M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...*, cit., pp. 35 ss. Ver asimismo sobre el tratamiento parlamentario, en el mismo volumen, M. C. Alastuey Dobón, “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, *ibidem*, pp. 57 ss. En cuanto a la terminología empleada por la ley, en particular, L. Morillas Cueva, “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en *Estudios penales...*, cit., pp. 645 ss.

66 Ley 5/2001 de Castilla-La Mancha, Ley 16/2003 de las Islas Canarias, Ley 1/2004 de Cantabria, Ley Foral 33/2002 de Navarra, Ley 1/2003 de Castilla y León, Ley 9/2003 de Valencia.

67 M. Acale Sánchez, *La discriminación...*, cit., pp. 63 ss.

Desde un punto de vista preventivo, la ley prevé en primer término campañas de información y medidas de sensibilización, así como intervenciones dirigidas a

- asegurar una orientación del sistema educativo basada sobre la igualdad hombre-mujer y la resolución pacífica de conflictos;
- proteger la dignidad de la mujer en el ámbito publicitario; y
- favorecer la detección precoz del maltrato en el ámbito sanitario.

Los derechos reconocidos a las mujeres víctimas son, en primer término, los derechos de información, asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita; pero la Ley se ocupa también de los derechos laborales, de empleo y seguridad social, así como de la aplicación de un sistema de ayudas sociales, reconociendo la prioridad en el acceso a una vivienda o residencia⁶⁸.

En el plano institucional y judicial se crean instancias administrativas específicamente orientadas a la intervención –en particular, el Observatorio Nacional de la violencia contra la mujer y unidades especializadas en los diversos cuerpos policiales–, así como la Fiscalía y los Juzgados de violencia contra la mujer⁶⁹, competentes en materia civil y penal y, por consiguiente, también para la adopción de todo tipo de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas.

4.4.4. Aun cuando las últimas reformas del Código penal acababan de entrar en vigor el 1º de octubre de 2004, la Ley integral, sin tener en cuenta las críticas formuladas contra las reformas anteriores⁷⁰ introduce de nuevo modificaciones importantes en materia penal⁷¹:

68 M. Acale Sánchez, *ibidem*, pp. 97 ss.

69 M. Acale Sánchez, *ibidem*, pp. 349 ss.

70 C. Arangué Sánchez, "El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP", en *Estudios penales...*, *cit.*, p. 33.

71 M. Acale Sánchez, *La discriminación...*, *cit.*, pp. 436 ss.; N. Castelló Nicás, "Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2", en *Estudios penales...*, *cit.*, pp. 211 ss; M.L. Maqueda Abreu, "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral", *Revista Penal*, 18, 2006, pp. 176 ss.; R. N. Mata y Martín, "Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 15, 2006, pp. 39 ss.

- restricciones en cuanto a la sustitución de la pena de prisión (art. 88,1)⁷² y para la aplicación de la suspensión condicional de la pena (arts. 83, 1.6ª y 84, 3) en los delitos comprendidos en su ámbito de aplicación;
- agravación de las penas por lesiones (art. 148) y malos tratos (art. 153), si la víctima es
 - o ha sido esposa o mujer ligada (o que haya estado ligada) al autor por una relación análoga de afectividad, incluso sin vida en común;
 - una persona particularmente vulnerable que conviva con el autor;
 - en estos mismos casos, las amenazas y coacciones leves, generalmente constitutivas de falta, se convierten en delitos menos graves;
- tratamiento penal agravado del hecho de quebrantamiento de la ejecución de las penas de alejamiento, incomunicación, etc. impuestas en casos de violencia doméstica (art. 468).

4.4.5. A pesar de sus defectos e insuficiencias, y de los muchos aspectos necesitados de mejora y desarrollo⁷³, la LO 1/2004 fue inicialmente acogida de un modo favorable por su afán de tratamiento de la violencia “de género”:

- como fenómeno, buscando la prevención a través de medidas de sensibilización y de cambio cultural, así como a través del establecimiento de sistemas adecuados de detección en los ámbitos más sensibles: el educativo, la publicidad y los medios de comunicación y el espacio sanitario;
- interesándose en particular por las víctimas: tratando de garantizar el respeto de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género, en general y a través de medidas judiciales específicas de protección y de seguridad.

Ahora bien, las manifestaciones delictivas concretas siguen siendo fundamentalmente abordadas de un modo puramente punitivo (aun cuando se produzca a través de órganos especializados). Falta en este sentido un mayor esfuerzo por la prevención situacional, que

⁷² Ver también reforma del Código Penal por L.O. 5/2010.

⁷³ Entre las que debe subrayarse el retraso en la elaboración del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención contra la Violencia de Género. En lo que concierne a la denominación de “integral” y la expresión “violencia de género”, L. Morillas Cueva, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pp.652 ss.

exige otorgar prioridad al esfuerzo de detección y de tratamiento de las situaciones concretas que se encuentran en el origen de los hechos delictivos (o en el seno de los cuales se producen). Por otra parte, y frente a la prohibición de todo tipo de mediación en los procesos desarrollados ante los órganos judiciales competentes en materia de violencia contra la mujer (art. 44), la extensión de “la cultura de la mediación y de las formas de justicia reparadora”⁷⁴ debería ser también relevante en este ámbito con el fin de dar paso a una solución más racional de ciertos conflictos.

La misma perspectiva represiva y penal se aplica a los maltratadores. No cabe negar la importancia de las referencias a los programas de tratamiento penitenciario, así como a la previsión de los mismos como regla de conducta en el seno de la suspensión y sustitución de la pena⁷⁵; pero habría que abrir igualmente la puerta a la aplicación del tratamiento a través de medidas de seguridad alternativas y complementarias de la pena (hasta en caso de imputabilidad plena)⁷⁶, así como exigir el desarrollo y aplicación de otros programas de incidencia preventiva y terapéutica no sólo, como ya se hace, a favor de las víctimas⁷⁷, sino también para todos los que se encuentran en riesgo de maltratar⁷⁸.

En todo caso, las críticas más duras se han concentrado en las medidas denominadas “de discriminación positiva”⁷⁹ en materia penal,

74 J. M. Tamarit i Sumalla, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, p.793.

75 E. Larrauri, “¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”, en J. López Barja de Quiroga y J. M. Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp.377 y s.

76 J. Cuello Contreras y A. Cardenal Murillo, “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en *Estudios penales...*, cit., pp.267 ss; J. F. Higuera Guimerá, “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica de género”, en M. A. Boldova Pasamar y M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...*, cit., pp.227 ss.

77 E. Echeburua Odriozola, P. J. Amor Andrés, “El maltrato de la mujer en el hogar: consecuencias psicopatológicas y programas de intervención”, en A.C. Rodríguez Yagüe, S. Valmaña Ochaíta, *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca, 2000, pp.149 y ss.

78 E. Echeburua Odriozola, J. Fernández-Montalvo, J.L. de la Cuesta, “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*, 1, 2001, 19 ss; E. Larrauri, “¿Es posible...?”, cit., pp.377 s.

79 M. Acale Sánchez, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal*

y que se traducen en el tratamiento punitivo más grave de los hechos de violencia doméstica cometidos por hombres contra mujeres. Esta iniciativa –justificada por los sectores favorables a la misma con base en el riesgo genérico acentuado de las mujeres frente a la violencia y sus consecuencias⁸⁰ dada la dependencia emocional y económica que acompaña a la sumisión histórica de las mujeres a los hombres en el espacio familiar– es en ciertos casos poco o nada compatible con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como con el principio de proporcionalidad. A mi juicio, conviene, en todo caso, distinguir entre las diversas situaciones que se presentan⁸¹: si la mera transformación de infracciones leves en delitos menos graves debida sólo a la condición masculina del sujeto activo y la relación conyugal o de pareja con la víctima de sexo femenino resulta claramente censurable, el sistema de agravación puede tenerse por más adecuado cuando –como en el art. 148,4 (lesiones)– obliga a atender también a otros criterios (“al resultado causado o al riesgo producido”, y no sólo a la condición masculina del agresor y femenina de la víctima) o cuando en el marco de las agresiones de violencia doméstica de idéntica

y *Criminología*, 15, 2005, pp. 19 ss; J. Boix Reig, en Boix Reig/Martínez García (coords.), *La nueva ley contra la violencia de género*, Valencia, 2005, pp. 20 ss.; M. A. Boldova Pasamar y M. A. Rueda Martín, “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en M. A. Boldova Pasamar y M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...*, cit., pp.24 ss; E. Gimbernat Ordeig, “Prólogo”, *Código Penal*, 10ª ed., Madrid, 2004, pp. 17 ss; J.J. González Rus, “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios penales...*, cit., 2005, pp. 494 ss; V. Mayordomo Rodrigo, *La violencia contra la mujer*, cit., pp. 163 ss; M. Polaino Navarrete, “Reforma penal de 2004: la Ley integral contra la violencia de género (Acotaciones críticas)”, *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, nº 3/2005, pp.319 ss; B. del Rosal Blasco, “La política criminal...”, cit., pp. 345 s.; M. J. Ridaura Martínez, “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en Boix Reig/ Martínez García (coords.), *La nueva ley...*, cit. .

80 P. Faraldo Cabana, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, 17, 2006, pp.90 ss; P. Laurenzo Copello, “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 07-08 (2005), pp. 17 s; M. L. Maqueda Abreu, “La violencia contra las mujeres...”, cit. , pp. 176 ss; J. J. Queralt i Jiménez, “La última respuesta penal a la violencia de género (I)”, *La Ley*, nº 6420, 13 febrero 2006, pp. 1 ss; A. Ruiz Miguel, “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la democracia*, 55, 2006, pp.37 ss.

81 J.L.de la Cuesta Arzamendi, “De la política penal...”, cit. , p. 238.

naturaleza se mantiene el mismo límite punitivo máximo, elevando el límite mínimo de la pena privativa de libertad (aplicable, además, de forma alternativa a la de trabajo en beneficio de la comunidad). Esto –como en el caso del maltrato puntual (art. 153) – permite aquilatar mucho más la respuesta adecuada al caso concreto⁸². Todo ello, sin perjuicio de la necesaria interpretación de estos tipos penales a la luz del art. 1.1 de la L.O. 1/2004, que habría de llevar a restringir su aplicación tan sólo a aquellos supuestos en que, a la luz de la situación en que se produce, la violencia concreta pueda considerarse “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” y no cuando, “de forma notoria”, los hechos no puedan considerarse “expresión de violencia de género”⁸³.

En todo caso, y si bien es de lamentar que la Ley Orgánica 1/2004 no supiera resistir mejor a la creciente tendencia represiva de extensión del ámbito del “Derecho penal de género”⁸⁴ y de intensificación de las penas, que gana terreno por todas partes, conviene insistir en que la adopción de una perspectiva de protección integral constituye una estrategia adecuada desde el prisma político-criminal⁸⁵.

Hace tiempo, en efecto, que la investigación criminológica constata cómo el instrumento penal resulta demasiado pobre para la prevención y tratamiento eficaces de ciertos fenómenos criminales, muy influidos por factores individuales, familiares, sociales y

82 Y así lo ha indicado ya el Tribunal Constitucional en el caso de cuestiones de constitucionalidad planteadas contra la reforma del art. 153 operada por la LO 11/2003. Ver, por ejemplo, AATC 7.06.04 (cuestión núm. 458/2004) y 13.09.05 (cuestión núm.4570/2004). Críticamente, por todos, M. Acale Sánchez, *La discriminación...*, cit., pp.210 ss.

83 Ver art.87 *ter* 4 LOPJ, introducido por el art. 44 L.O. 1/2004.

84 M. Alonso Alamo, “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del Derecho penal de género”, en *Estudios penales...*, cit., pp. 1 ss.

85 J.L. de la Cuesta Arzamendi, “De la política penal...”, cit., pp. 197 ss. Ver asimismo, M. Comas d’Argemir i Cendra y J. J. Queralt i Jiménez, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1194 ss.

culturales⁸⁶ y que precisan ser objeto de una intervención pública planteada “desde la pluralidad”⁸⁷ y la “transdisciplinariedad”⁸⁸.

Igualmente hace tiempo que la Criminología nos enseña que cualquier política criminal que quiera ser racional⁸⁹ debe partir del conocimiento adecuado del fenómeno y organizar las intervenciones respetando la regla criminológica de los tres niveles de interpretación⁹⁰: criminalidad (fenómeno criminal), crimen y criminal; tres niveles tradicionales a los que a la vista de las enseñanzas más modernas han de añadirse la perspectiva victimológica y la evaluación permanente de los resultados y de los efectos de los procesos de criminalización y de la reacción social.

La política legislativa en materia criminal debería por consiguiente aprender de estos ensayos de abordaje integral, que podrían extenderse y aplicarse con mayor frecuencia, en particular, para el tratamiento de fenómenos criminales complejos en los que se ha demostrado ampliamente que no funciona la política penal “sin más”: esto es, las intervenciones puramente represivas o confiando tan sólo en el efecto preventivo de la amenaza penal.

V. MUJERES ENCARCELADAS

Uno de los lugares donde la ciudadanía se ve necesariamente modulada en razón de la situación de privación de libertad es en el ámbito penitenciario, donde las estadísticas muestran, además, cuál es el origen social y la procedencia de las personas encarceladas, que no pertenecen precisamente a las capas que se benefician de las mejores condiciones en cuanto al ejercicio de sus derechos.

Aquí también las mujeres encarceladas sufren por todo ello más que los hombres.

86 L. Gracia Martín, “Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica”, en *El nuevo Código Penal*, cit., pp.774 s.

87 J. Giménez García, “La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal”, en CGPJ, *La violencia...*, cit., p.110.

88 “Multi, inter y transdisciplinariedad”. A Beristain, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, pp. 594 ss.

89 J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003.

90 J. Pinatel, *Criminología*, 2ª ed. (trad. X. Rodríguez de Canestri), Caracas, 1974, pp. 93 ss.

La separación de sexos constituye uno de los criterios tradicionales de organización penitenciaria y, en cuanto tal (aun cuando puedan excepcionalmente autorizarse departamentos mixtos), se halla plenamente reconocida en todos los países. Con todo, en los sistemas penitenciarios modernos, los establecimientos de mujeres se someten, en general, al mismo régimen legal y reglamentario que el de los masculinos, salvo en determinadas cuestiones (de orden más bien sanitario) y situaciones: mujeres embarazadas, madres...

Ahora bien, hace tiempo⁹¹ que se conoce la problemática específica de la población penitenciaria femenina, cuya desproporción cuantitativa con la masculina es grande y provoca, en la práctica, importantes dificultades: reducido número de establecimientos, configuración de los mismos como meros anexos de las prisiones de hombres... Es más, si su apariencia exterior es, por lo general, mejor que las instalaciones destinadas a los hombres, la rigidez del régimen y de la disciplina aplicados en los establecimientos femeninos es frecuentemente evocada por los estudios penitenciarios⁹².

Las previsiones normativas no consiguen responder a todas estas dificultades. Por otra parte, la observación de la realidad penitenciaria muestra las características particulares de las mujeres encarceladas, que se manifiestan no sólo en la agravación en prisión de las diferencias de género existentes fuera, en la sociedad en general, sino también en los déficits personales, nivel de drogodependencia y de afecciones de la salud, perfiles psicológicos y educativos problemáticos, cargas familiares a soportar...⁹³

Todo ello impone la necesidad de una intervención penitenciaria específica en relación con las mujeres. Esta intervención penitenciaria debería partir del refuerzo del apoyo psicológico/psiquiátrico y personal de las mujeres encarceladas, así como de la asistencia social a sus familias.

Además, a la vista de la dimensión y características de la población penitenciaria femenina, se debería considerar, con seriedad, la apertura de posibilidades efectivas de ejecución en unidades

91 R. Cario, "Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres", en A. Beristain, J. L. de la Cuesta (comps.), *Cárcel...*, cit., pp. 119 ss.

92 R. Ottenhof, "Les femmes et la prison", *Eguzkilo*, extraordinario 2, 1989, p.143. R. Cario, "Femmes et Prison", *Eguzkilo*, extraordinario 2, 1989, pp.131 y 137.

93 C. Manzanos Bilbao, J. M. Balmaseda Ripero, *Situación de las mujeres en las cárceles del País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 2003, pp. 77 ss.

exteriores y/o a través de sistemas alternativos (en particular, si las mujeres tienen obligaciones familiares a su cargo).

Finalmente, también aquí el refuerzo de los programas de orientación, formación e inserción resulta absolutamente imprescindible⁹⁴.

VI. LA CUESTIÓN DE LAS MUJERES EXTRANJERAS

Si la violencia doméstica constituye uno de los síntomas de la deficiente ciudadanía de las mujeres, cuando a la condición de mujer se añaden la vulnerabilidad y la exclusión social características de la categoría social de inmigrante⁹⁵ (en particular, en situación irregular) la ciudadanía, si no desaparece, al menos se eclipsa: desde una perspectiva tradicional o formal los extranjeros, por definición, no siendo nacionales no pertenecen al Estado y, por ello, no pueden ser considerados ciudadanos en un sentido estricto y pleno.

Aun cuando desde el prisma sustantivo, la multiplicación de los movimientos de población y la cada vez mayor presencia de inmigrantes y extranjeros debería llevar a una “disociación entre ciudadanía y nacionalidad” para evitar que ésta sea condición de la primera⁹⁶, dadas las deficientes condiciones de partida que sufren en general los inmigrantes y los crecientes sentimientos de racismo y xenofobia que afectan a las sociedades occidentales, está claro que el nivel de ciudadanía del que se pueden realmente beneficiar en la actualidad es extremadamente reducido.

Pues bien, la situación de las mujeres extranjeras por su doblemente deficiente ciudadanía, no puede dejar de reflejarse en sus relaciones con el sistema de justicia penal.

1. De un lado, si se quiere positivo, la pertenencia a otras culturas o la falta de ciudadanía deberían tener una incidencia en cuanto a la exigencia de responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo.

94 J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Retos principales del actual sistema penitenciario”, en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp.125 ss.

95 C. San Juan y J.L. de la Cuesta, “Juvenile delinquency and immigration in Western Europe: criminal responsibility versus social responsibility”, *Annales Internacionales de Criminologie*, vol.43 1/2, 2005, p.38.

96 J. Arango, “Ciudadanía...”, *cit.*, p.24.

Cierto que la libertad ideológica o cultural no puede servir de justificación o de legitimación de los hechos cometidos por extranjeros, incluso si se trata de conductas aceptadas o hasta exigidas en su entorno.

Ahora bien, la responsabilidad penal es una responsabilidad individual y, por ello, los factores socioculturales deberían tomarse en consideración en el plano de la imputabilidad y de la culpabilidad. En la práctica jurisprudencial de la mayoría de los países no es fácil hallar ejemplos en esta línea; y la tendencia social y mediática generalizada, que liga los mayores índices de criminalidad al incremento del número de extranjeros (en particular, si en situación irregular)⁹⁷, parece empujar en la dirección contraria. A pesar de todo ello, la doctrina penal trabaja desde hace tiempo sobre esta cuestión promoviendo interpretaciones socioculturales de determinadas causas de inimputabilidad (las alteraciones en la percepción: art. 20.3 C.P.)⁹⁸ o de exculpación, así como la aplicación en estos casos del error de prohibición (al menos, en su modalidad de error vencible)⁹⁹.

2. Generalmente, las repercusiones de la condición de mujer y extranjera en las relaciones con el sistema penal tienen, más bien, reflejos muy negativos y se manifiestan tanto por lo que concierne a las consecuencias jurídicas del delito como en cuanto a la victimización de las mujeres inmigrantes.

2.1. Desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas del delito, la condición de extranjero (en especial, sin permiso de residencia legal) determina frecuentemente la aplicación (casi) automática de la expulsión: bien de manera directa, como sustitutivo de la prisión provisional o de la pena impuesta, si los hechos delictivos no son muy graves, bien tras la ejecución de una parte de la pena o con ocasión del acceso a la libertad condicional o a partir de la liberación definitiva.

97 Ver, con todo, en particular por lo que respecta a la incidencia de los extranjeros en el número de delitos, número de detenidos, condenados y presos, E. García España, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia, 2001, pp. 23 s. y 267 ss; F. Navarro Cardoso, "Extranjería, inmigración y sistema penal", en M. J. Rodríguez Mesa y L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006, p.223 ss.

98 F. Morales Prats, "La alteración de la percepción", *Cuadernos de Política Criminal*, 40, 1990, pp. 71 ss. Ver asimismo, J.L.de la Cuesta Arzamendi, "Imputabilidad y nuevo Código Penal", en *El nuevo Código penal...*, cit., pp.308 ss.

99 M. Corcoy Bidasolo, "Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes", en *Homenaje...*, cit., p.1239 ss.

A pesar de las críticas que califican a ciertas modalidades de expulsión de violación del principio *ne bis in idem* y que plantean dudas acerca de su constitucionalidad y en razón de sus perniciosos efectos sobre las personas extranjeras y hasta para la política (restrictiva) de inmigración mantenida por el gobierno¹⁰⁰, las posibilidades legales de expulsión se amplían con cada nueva reforma, en especial en Europa, aun cuando las diferencias entre las legislaciones pueden ser muy importantes.

Con todo, la práctica pone de manifiesto las dificultades a las que se enfrentan las autoridades para lograr una expulsión efectiva¹⁰¹ y las legislaciones se olvidan con frecuencia de resolver la situación permanente de ilegalidad de los expulsados que se quedan en el país debido a la imposibilidad de ejecución de la orden de expulsión.

Por otra parte, hay que reaccionar contra las expulsiones automáticas: la expulsión puede suscitar conflictos importantes en razón de las circunstancias personales, familiares o de los vínculos sociales –y hasta de cara a la reparación de la víctima o al cumplimiento de los deberes y obligaciones de la persona condenada (en particular, en casos de violencia doméstica)¹⁰²– y se debería ofrecer siempre al juez la ocasión de impedir la ejecución de la expulsión si razones suficientemente importantes se oponen a la misma.

2.2. Normalmente, si no se ejecuta la expulsión, las mujeres extranjeras procesadas o condenadas acaban en prisión. Y, en ciertos países, las que esperan a la expulsión administrativa permanecen internadas en establecimientos específicos, integrados o no en el

100 M. Cancio Meliá y Maraver Gómez, en S. Bacigalupo y M. M (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp.385 ss. M.L. Maqueda Abreu, “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?” en *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, pp.509 ss.; J. Muñoz Lorente, “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, extra 2, 2004, p.415; F. Navarro Cardoso, “Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de derecho penal ‘simbólico’ y derecho penal del ‘enemigo’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 2006, pp. 153 ss; M. J. Rodríguez Mesa, “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en M. J. Rodríguez Mesa y L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, cit. , pp. 255 ss.

101 En España, el Defensor del Pueblo ha destacado en repetidas ocasiones que son pocas las expulsiones realmente ejecutadas, Defensor del Pueblo (2005), *Informe anual 2004*, Madrid, pp. 477 ss.

102 M. A. Encinar del Pozo, ‘Expulsión de extranjeros: el artículo 89.1 del Código penal. Un ejemplo de infortunio del legislador’, *Derecho.com*, Marzo 2005.

sistema penitenciario ordinario; aun cuando la reglamentación de estos centros pueda ser similar a la penitenciaria, las condiciones reales de detención presentan por lo general muchos problemas, a menudo denunciados por instituciones y organizaciones de defensa de los derechos humanos¹⁰³.

Las dificultades, ya evocadas, de la ejecución penitenciaria concerniente a las mujeres se agravan en el caso de las mujeres extranjeras encarceladas.

Dejando de lado la cuestión de la más frecuente aplicación de la prisión provisional a los extranjeros¹⁰⁴ y los problemas adicionales a los que se enfrenta la consecución de la meta resocializadora cuando se trata de personas en situación de ilegalidad (p.e. en España)¹⁰⁵, la participación de las personas extranjeras en la vida penitenciaria ordinaria debe hacer frente a problemas de lengua, falta de intérpretes, al funcionamiento inadecuado de Embajadas y Consulados... Por otra parte, aunque el acceso de los extranjeros a permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional sea perfectamente posible, en la práctica, la ausencia de vínculos sociales sólidos o fiables constituye una barrera insuperable para todos los extranjeros encarcelados, hombres y mujeres.

Desde este punto de vista, y sin olvidar la necesidad de un tratamiento específico más completo (legal y reglamentario) del estatuto de los extranjeros en prisión¹⁰⁶, el primer objetivo de toda intervención penitenciaria sobre personas extranjeras encarceladas debería ser facilitarles la comunicación no sólo mediante la formación del personal y la promoción del aprendizaje de la lengua del país, sino también asegurando la dotación de un número suficiente de intérpretes en prisión.

Simultáneamente, hay que desarrollar sistemas de apoyo a las mujeres extranjeras encarceladas con pocos recursos y para facilitarles el acceso al tercer grado o a la libertad condicional: junto a la intensificación de los contactos con Embajadas y Consulados (en

103 Ver, así, Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2004*, Madrid, 2005, pp. 441 ss.

104 J.L.de la Cuesta Arzamendi, "Retos principales...", *cit.*, p. 123; L. R. Ruiz Rodríguez, "Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada", en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, 2006, pp.187 ss.

105 L. R. Ruiz Rodríguez, "Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización", en M. J. Rodríguez Mesa y L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, *cit.*, p.296.

106 L. R. Ruiz Rodríguez, *ibidem*, pp. 317 ss.

particular, para hacer posible el cumplimiento de la pena en el país de origen), el refuerzo de las organizaciones acreditadas de apoyo a las internas extranjeras resulta absolutamente esencial en este punto¹⁰⁷.

2.3. En lo que concierne a la victimización de las mujeres inmigrantes¹⁰⁸, siendo la violencia doméstica un fenómeno “transversal”¹⁰⁹, afecta también a las mujeres extranjeras e inmigrantes. Se sabe incluso que, por razones socioculturales y debido a la difícil situación de vida en el plano doméstico, la presencia de los factores generadores de este tipo de violencia es más intensa entre los extranjeros, en particular si inmigrantes en situación administrativa irregular¹¹⁰.

Según los estudios de campo, la ocultación de los hechos y la falta de denuncias ya características de este fenómeno criminal se agravan cuando la víctima y el autor son extranjeros (y no sólo si provienen de culturas en las que estas conductas parecen socialmente adecuadas), hasta el punto de que son más bien raros los casos que suscitan la intervención de los tribunales¹¹¹.

Si la violencia doméstica constituye la primera fuente de victimización criminal de las mujeres inmigrantes, no es en todo caso la única. Las mujeres inmigrantes son también víctimas de ataques de carácter racista y xenófobo, e igualmente de otros delitos: contra la libertad sexual, contra los derechos de los trabajadores (principalmente, abuso de condiciones de trabajo) y de tráfico ilegal de personas (en particular, tráfico de mujeres¹¹² con fines de explotación

107 J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Retos principales...”, *cit.*, pp.122 ss.

108 *Detección y análisis criminológico de los supuestos de victimización de la mujer inmigrante en la CAPV. Hacia un manual de buenas prácticas (Estudio de campo)*, investigación (inédita) elaborada en 2006 en el Instituto Vasco de Criminología por A. I. Pérez Machio, A. Brión Canal, I. Orbegozo Oronoz y L. Pego Otero, bajo la dirección de J.L. de la Cuesta Arzamendi (I. Muñagorri Laguia, asesor) y la coordinación de V. Mayordomo Rodrigo.

109 M. Corcoy Bidasolo, “Violencia...”, *cit.*, p.1229.

110 M. Corcoy Bidasolo, *ibidem*, p.1229. M. Acale reclama una “visión global del problema” que representan las mujeres extranjeras sin residencia legal en España, víctimas de violencia por parte de su marido o de su pareja, “Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España”, en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, *cit.*, p.135.

111 M. Corcoy Bidasolo, “Violencia...”, *cit.*, p.1237.

112 G. González Agudelo, “En el camino de la exclusión. La especial vulnerabilidad de los menores con origen extranjero”, en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, *cit.*, p. 120.

sexual o para contraer matrimonio, lo que abre la puerta a una suerte de esclavitud)¹¹³...

Desde un punto de vista victimológico, la situación de las mujeres inmigrantes víctimas de todas estas infracciones se caracteriza por la especial vulnerabilidad de la mayoría de ellas, así como por el desconocimiento de los derechos que les asisten como personas y como víctimas, y la resistencia al acceso a una Administración (especialmente si se trata de la Administración de Justicia) que se presenta alejada, llena de incertidumbres y en ningún caso es fuente de confianza¹¹⁴.

En ciertos países (como en España) la preocupación del legislador se ha traducido en la construcción (a través de reformas múltiples y sucesivas)¹¹⁵ de un sistema complejo y no armónico¹¹⁶ de tipos penales dirigidos a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, pero respecto de los cuales la realidad demuestra "la pobreza de los frutos obtenidos"¹¹⁷.

La extensión a todas las mujeres extranjeras (incluso si en situación de irregularidad) de las posibilidades ofrecidas por la legislación de víctimas constituye una primera exigencia, que debe verse acompañada por la previsión específica de intervenciones particulares sobre este colectivo, cuyas necesidades de información, de asistencia y de apoyo son muy acuciantes; en este sentido, la previsión del art. 32.4 de la Ley integral española –relativa a la consideración especial de "la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley", entre las que se menciona "las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad"– constituye una referencia absolutamente insuficiente¹¹⁸ y pone de

113 *Detección...*, cit., pp.46 ss, 54 ss. y 62 ss. Ver asimismo M. Acale Sánchez, "Mujeres inmigrantes...", cit., pp.130 s.

114 *Detección...*, cit., pp.130 ss.

115 J. Terradillos Basoco, "Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina", en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, cit., pp.47 ss.

116 P. Laurenzo Copello, "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, p.65.

117 J. Terradillos Basoco, "Extranjería, inmigración y sistema penal", en M. J. Rodríguez Mesa y L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, cit., p.52.

118 J. ||Terradillos Basoco, *ibidem*, pp.18 ss. El II Plan integral contra la violencia doméstica 2001-2004, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de mayo de 2001

manifiesto los defectos de la ley en lo concerniente a su carácter integral, dado el desconocimiento por su parte de "la situación en que se encuentra un grupo bastante numeroso de víctimas de este tipo de violencia"¹¹⁹.

También hay que resolver mejor los conflictos frecuentes entre la legislación de víctimas y la regulación de extranjería¹²⁰, en especial, en materia de expulsión, cuyo expediente debería paralizarse siempre a la espera de una decisión definitiva en el seno del proceso penal. Ciertamente, una medida de esta suerte, contribuiría a facilitar el acceso a una Administración de Justicia donde la protección de testigos (en particular, en lo concerniente a los delitos de tráfico ilegal de personas) y la presencia de intérpretes y de personal formado en materia de multiculturalidad han de ser igualmente aspectos a reforzar¹²¹.

VII. CONCLUSIONES

1. Las tendencias modernas de la ciudadanía, lejos de identificarla con el estatuto de nacional de un cierto país, prefieren disociar los dos conceptos y proponen una definición de orden sustantivo que remite más al estatuto social que al estatuto político de miembro de una comunidad determinada y manifiesta su preocupación no sólo por el reconocimiento formal de derechos, sino sobre todo por las condiciones necesarias para su ejercicio.
2. Desde este punto de vista, es claro que incluso allí donde la no discriminación hombre-mujer se reconoce formalmente de manera plena, la igualdad sustantiva (sociopolítica) de la mujer sigue siendo uno de los retos de la ciudadanía.
3. Los sistemas penales occidentales han avanzado en el último cuarto de siglo en cuanto a la asimilación del tratamiento de hombres y de mujeres, derogando no pocas de las diferencias que no encontraban justificación material suficiente en razón de los bienes a proteger. Por otra parte, se han introducido nuevas tipificaciones para luchar contra la discriminación...

no tenía específicamente en cuenta la problemática de las extranjeras. Ver en sentido crítico, M. Corcoy Bidasolo, "Violencia...", *cit.*, p.1246.

119 M. Acale Sánchez, "Mujeres inmigrantes...", *cit.*, p. 137.

120 M. Acale Sánchez, *ibidem*, pp. 152 ss,

121 *Detección...*, *cit.*, pp.131 ss.

4. En todo caso, es en el ámbito familiar donde han tenido lugar las reformas más importantes, aunque, en este marco, la incidencia y prevalencia de la violencia doméstica pone de manifiesto de manera brutal la precariedad de la ciudadanía de la mujer.

5. Impulsados por las instituciones internacionales (y, en particular, europeas) de un modo u otro se han ido estableciendo programas y reformas. La experiencia muestra, sin embargo, que la política penal sin más no funciona frente a un fenómeno tan complejo y que merece ser abordado (también desde el punto de vista legislativo) en su integralidad y a través de una verdadera política criminal. La regla de los tres niveles de interpretación criminológica (iy de acción!) es, de nuevo, la única adecuada para el tratamiento de cualquier fenómeno criminal complejo, si bien debe completarse en la actualidad con la perspectiva victimológica, y a través del análisis y evaluación permanentes de los procesos de criminalización y de la reacción social aplicada.

6. Que la ciudadanía de las personas privadas de libertad se encuentra muy mediatizada y llena de limitaciones es algo bien conocido. En prisión las mujeres suman a la debilidad de su ciudadanía, como mujeres, las dificultades propias de las personas sometidas a privación de libertad. El estudio de la realidad de las prisiones de mujeres pone de manifiesto la necesidad de una intervención penitenciaria bien centrada sobre las mujeres: una intervención que, teniendo mucho más en cuenta la realidad personal y criminal de las mujeres encarceladas, al refuerzo de los programas de inserción, de asistencia y de apoyo y de los sistemas alternativos a la prisión, añade también en el medio penitenciario alternativas específicas de ejecución (por ejemplo, en unidades extrapenitenciarias), en particular, para tantas mujeres con obligaciones familiares inmediatas y directas.

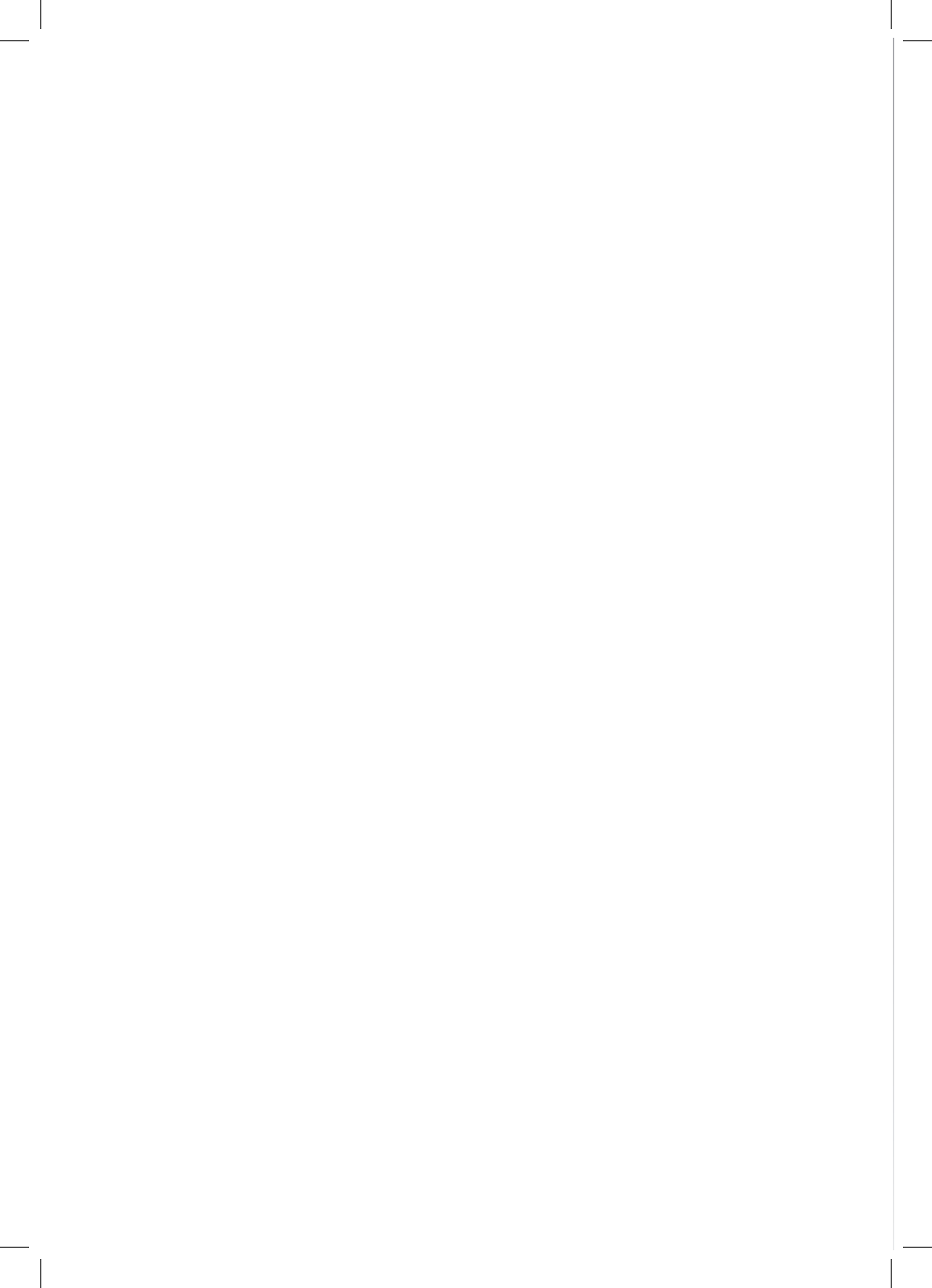
7. Por lo que respecta a las mujeres inmigrantes y extranjeras, deberían tenerse siempre en cuenta los factores socioculturales, si afectan a su imputabilidad o culpabilidad.

8. Ahora bien, en la práctica, la incidencia de la condición de mujer extranjera se produce de manera casi exclusiva en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, donde la expulsión alcanza un protagonismo cada vez más relevante. Dejando al margen los problemas que la aplicación de la expulsión suscita en muchos casos desde el prisma de los principios penales (en particular, el principio *ne bis in ídem*), hay que oponerse en todo caso de manera frontal

al automatismo de las expulsiones y reclamar una solución a la situación de irregularidad de las expulsadas que permanecen en el país debido a la imposibilidad de ejecución de la orden de expulsión.

9. La situación de las mujeres extranjeras internadas en establecimientos penitenciarios o en centros de detención a la espera de la ejecución de la orden de expulsión merece igualmente un abordaje particular con el fin de superar las importantes dificultades de comunicación y para que se desarrollen sistemas eficaces de apoyo que les permita el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Debería considerarse también la oportunidad de elaboración de un estatuto normativo específico para las personas extranjeras en prisión.

10. Finalmente, en materia de víctimas, los principios y las grandes declaraciones son importantes, pero insuficientes. Obviamente, por su vulnerabilidad característica, las extranjeras víctimas, incluso si en situación irregular, han de beneficiarse de las modalidades de protección ofrecidas por la legislación, multiplicando los esfuerzos de información y de asistencia por parte de las instituciones activas a favor de las víctimas. También son cuestiones a resolver el acceso más confiado a la Justicia y los (frecuentes) conflictos normativos entre legislación de víctimas y legislación de extranjería, en particular (por lo que respecta a las personas extranjeras) cuando se encuentra en juego la expulsión; salvo en casos muy excepcionales, ésta debería, en efecto, esperar siempre a la culminación efectiva del proceso penal.



UNA APROXIMACIÓN PSICOLÓGICA Y HUMANISTA A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

José Martín Amenabar Beitia

Doctor en psicología y miembro asociado de la Escuela Española de Terapia Reichiana; Trabaja como profesor de tiempo completo en la Facultad de Psicología de la Universidad del País Vasco, dedicándose al estudio de los fenómenos psicopatológicos y violentos.

1. INTRODUCCIÓN

La sexualidad es parte constitutiva del ser humano. Somos seres sexuados y sexuales que, a través de la estimulación corporal, estamos en condiciones de obtener placer, en solitario y en compañía, de una y mil maneras. Las posibilidades de satisfacción y expresión sexual pueden ser muy diversas, nuestra forma de vivir y de relacionarnos sexualmente y de definirnos al respecto también, en función de nuestro desarrollo psicosexual y de los avatares de la vida, dependiendo de las significaciones individuales y colectivas que se vayan gestando. Pero independientemente de las diferentes prácticas que se puedan plantear o llevar a cabo, tendríamos que considerar que cada ser humano como sujeto sexuado y sexual que es, desde su peculiaridad personal, debería tener la oportunidad y la libertad de desarrollarse y expresarse sexualmente de acuerdo con lo que sienta y desee, y que su placer tan solo tenga como límite la libertad y el deseo del otro. No obstante, en no pocas ocasiones, en distintos lugares y tiempos históricos, se han ideado rígidos dispositivos socioculturales para normativizar las prácticas, los roles y las identidades sexuales, llegándose incluso a intervenir por mandato o presión sobre la corporalidad, tal como ocurre con la “propuesta” de la extirpación o mutilación parcial o total de los órganos genitales por razones no terapéuticas.

El tema de la mutilación genital femenina, una práctica que se halla profundamente arraigada en ciertas sociedades desde hace mucho tiempo, desde antes de la aparición del Islam y del Cristianismo, puede afectar gravemente, causando gran sufrimiento físico y emocional, a lo largo de su vida (sexual) a la mujer. Un sufrimiento que atenta contra la libertad y los derechos humanos,

y que resulta tanto más dramático si cabe cuando las víctimas son niñas y han sido conducidas, bajo seducciones y ocultamientos, a participar en un rito que les marcará en el cuerpo y en el alma, con la idea sostenida colectivamente de que es “por su propio bien”, para favorecer y propiciar la integración en una comunidad que les reconocerá en adelante como “verdaderas” mujeres, mujeres limpias.

Este artículo lo he escrito con la intención de sensibilizar al lector en el sufrimiento físico y emocional causado a muchas niñas y mujeres por motivaciones rituales, al mismo tiempo que trato de llamar la atención sobre las motivaciones, expectativas y fantasías que sustentan tal forma de intervención y control sobre el cuerpo (y la sexualidad). La tesis que planteo en el artículo se inspira en la labor de una psicoanalista pionera, Karen Horney, quien tuvo la audacia de contemplar la sexualidad femenina desde una vertiente genuinamente femenina y no como una falta o falla de lo masculino, además de sostener que ciertas conductas varoniles encubren por compensación un gran temor a la mujer.

Para llevar adelante los objetivos de mi artículo me ha parecido conveniente apoyarme en el testimonio de alguna mujer que haya padecido en su infancia el drama de la mutilación genital por motivos rituales. Cualquiera que se adentre en Internet y en la consulta bibliográfica puede encontrar muchos casos ilustrativos que nos sirvan como ejemplificación de las consecuencias físicas y psicológicas de la mutilación genital así como de las causas socioculturales, racionalizaciones y justificaciones que operan en su mantenimiento. Hemos de estar muy agradecidos a las mujeres que han roto las barreras del silencio y han decidido ofrecernos su testimonio, pues con su valentía están ayudando a señalar el problema, para que lo conozcamos y reconozcamos, y así podamos luchar eficazmente por su erradicación. Cada testimonio de mutilación genital (yo me he basado en varios extractos del relato que refiere Waris Dirie, una famosa modelo somalí que padeció esta intervención cuando apenas contaba con cinco años de edad) nos sirve para crear conciencia y sensibilizar al respecto así como para reflexionar sobre sus causas y poder pensar en propuestas de solución.

2. EL RITO DE LA MUTILACIÓN GENITAL

La mutilación genital femenina se lleva a cabo en la mayoría de los casos durante la infancia, a veces a edades muy tempranas, entre

los 4 y los 8 años, o incluso antes, en determinadas comunidades pocos días después del nacimiento, extendiéndose generalmente hasta los 14 ó 15 años; ocasionalmente se lleva a cabo en la etapa adulta. Como lo recuerda la propia Waris Dirie:

“...todas las chicas somalíes aguardan expectantes la ceremonia que las transformará de niñas en mujeres “ (Dirie 1998: 49).

“La noche antes de mi ablación, mi madre me dijo que no bebiera demasiada agua o leche, para que no tuviera que hacer mucho pis [...]. Aquella noche, la familia me mimó más y me dio más de cenar que de costumbre. Ésa era la tradición que había observado a lo largo de los años y que me hacía sentir celos de mis hermanas mayores” (Dirie 1998: 52-53).

La niña puede estar muy ilusionada por participar en la ceremonia de su “conversión” en mujer, que ha podido estar esperando y anhelando como un gran objetivo en su vida, como algo muy especial y atractivo, por la nueva consideración social que supone en su vida y por su asociación con regalos y mimos. Unas atenciones especiales que, según Tractenberg, además de dispensársele como muestra de celebración de su aceptación o reconocimiento público, constituyen la ocultación maníaca mediante la cual el yo guarda obediencia “a los mandatos destructivos del superyó” (Tractenberg 1972: 59).

La práctica tradicional de la mutilación genital femenina forma parte de un proceso de socialización e inserción en la comunidad, por el que se fija la identidad de género y se generan mayores posibilidades para contraer matrimonio y formar una familia. Porque mientras no se pasa por este rito, o para quienes no lo transitan, hay dificultades, cuando no marginación o total rechazo. De hecho, hay hombres que no quieren casarse con una mujer que no ha sido sometida a la mutilación genital, por considerarla, dicen, impura o poco femenina. “En Somalia se cree que entre las piernas de las chicas existe algo malo, partes del cuerpo con las que nacemos, pero que no son limpias. Estas cosas tienen que extirparse” (Dirie 1998: 49).

“Mamá cogió un trozo de raíz de un viejo árbol [...]; se sentó detrás de mí y puso mi cabeza sobre su pecho; sus piernas me rodearon y yo le rodeé los muslos con los brazos. Mi madre me puso la raíz entre los dientes. –Muérdela [...]. Mamá se inclinó sobre mí y me susurró: –Sabes que no puedo sostenerte. Estoy sola, así que trata de ser una buena chica, nena. Sé valiente para tu mamá, y será rápido” (Dirie 1998: 53-54).

“Miré entre mis piernas y vi que la gitana se estaba preparando [...]. Clavé mi mirada en ella, porque quería saber con qué iba a cortarme [...] y extrajo una cuchilla de navaja, rota. La hizo girar y la examinó. El sol acababa de salir y la luz permitía distinguir los colores, pero no los detalles; sin embargo, noté sangre seca en su filo desigual. La gitana escupió en ella y se la secó en el vestido. Mientras ella la limpiaba, mi mundo se oscureció, pues mi madre me había vendado los ojos con un pañuelo” (Dirie 1998: 54).

“Lo siguiente que percibí fue cómo me cortó la carne, los genitales. Sentí la hoja embotada atravesar mi piel, de arriba abajo, serrándola [...]. Es como si alguien te rebanara el muslo o te cortara el brazo, sólo que lo están haciendo en la parte más sensible de tu cuerpo. Sin embargo, no me moví ni un centímetro, [...] quería que mamá se sintiera orgullosa de mí. Permanecí sentada, como hecha de piedra, diciéndome que cuanto más me moviera, tanto más duraría la tortura. Por desgracia, mis piernas empezaron a estremecerse, a temblar sin control, y recé, Dios, por favor, que acabe pronto. Y así fue, porque me desmayé” (Dirie 1998: 54-55).

“Cuando volví en mí creí que habíamos terminado, pero apenas había comenzado lo peor. Me habían quitado la venda y a su lado la Asesina había apilado un montón de espinas de acacia; las usó para perforarme la piel y luego pasó un fuerte hilo blanco por los agujeros y me cosió. Mis piernas estaban totalmente entumecidas, pero el dolor entre ellas era tan intenso que deseé morir” (Dirie 1998: 55).

“Creí que el tormento había acabado, hasta que tuve que orinar, y entonces entendí el consejo de mi madre de que no bebiera demasiada agua o leche [...]. La primera gota me escoció como si un ácido me estuviese corroyendo la piel” (Dirie 1998: 55-56).

Las palabras de Waris Dirie son altamente emotivas e impactantes, nos trasladan a una ceremonia tremendamente dolorosa y traumática, con consecuencias negativas a corto y largo plazo, practicada por tradición y costumbre sobre unas personas que, por su edad y situación de vulnerabilidad, se ven imposibilitadas para defenderse o escapar del destino que les aguarda. Una vivencia ocupadora del cuerpo y del alma. De hecho, muchas mujeres nunca llegan a recuperarse del trauma que representó en su vida la mutilación genital. Aunque la herida física haya cicatrizado, no lo ha

hecho la herida psíquica. Llevan grabado, con una marca imborrable en sus cuerpos, y en sus mentes, el acontecimiento traumático, padeciendo y reviviendo un sufrimiento inextinguible. Hay mujeres que se sienten incompletas. O como bichos raros en comparación con otras mujeres que no han pasado por tal pesadilla. Y que por ello se sienten humilladas. Impotentes. Con rabia. ¿Acaso les informaron de las consecuencias que la mutilación genital podía suponerles? ¿Acaso podían negarse a que les practicaran tal intervención? ¿Acaso quienes organizaron y les practicaron la mutilación genital pensaron en el sufrimiento que causaban?

Hay mujeres a quienes muchos años después les sigue asaltando el recuerdo de la mutilación genital con sus vívidas imágenes traumáticas, reviviendo la sensación de impotencia e indefensión en que se encontraron, la incompreensión experimentada por lo que estaba aconteciendo, o el sonido del instrumento empleado cortando sus partes íntimas. Un tremendo sufrimiento, un calvario, un horror, que además se ve acrecentado cuando resulta prácticamente imposible hablarlo o compartirlo con la gente, como si fuera un tema tabú que tenga que quedar en el espacio de la intimidad personal. Resulta llamativo que las mujeres no sometidas a la ablación se enfrentan en estas comunidades al drama de la exclusión social, con lo que de una manera u otra, pasando o sin pasar por la mutilación genital, para todas las mujeres parece inevitable el sufrimiento traumático vinculado con la sexualidad.

“Después de que me cosiera la gitana, la orina y la sangre de la menstruación sólo podían salir por un minúsculo agujero del diámetro de una cerilla” (Dirie 1998: 56).

“Mantuvieron mis piernas atadas durante más de un mes, a fin de que la herida cicatrizara” (Dirie 1998: 57).

“Cada semana mi madre comprobaba si la herida cicatrizaba como era debido. Cuando me quitaron las ataduras pude mirarme por primera vez. Descubrí un trozo de piel totalmente lisa, excepto por una cicatriz en medio, como una cremallera, y esa cremallera estaba definitivamente cerrada” (Dirie 1998: 57-58).

Waris Dirie padeció una forma de mutilación genital extrema, la infibulación, también conocida como circuncisión faraónica, debido a que este tipo de mutilación genital, según se desprende del análisis de algunas momias, se efectuaba en el antiguo

Egipto. Puesto que el orificio resultante para que fluya la orina y la sangre menstrual es diminuto, el día de la boda, con objeto de poder consumir el acto sexual, o más adelante durante el parto, suele practicarse la desinfibulación, a veces mediante un cuchillo.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), la mutilación genital femenina puede diferenciarse, según el grado de intervención corporal, en los siguientes grupos:

- 1) "Clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris)" (OMS 2012). Este tipo de mutilación genital femenina lo contemplan algunos como similar o equivalente a la circuncisión masculina. Pero si nos atenemos al significado del término circuncidar, que, según la Real Academia Española, consiste en "Cortar circularmente una porción del prepucio a alguien", se aplicaría en todo caso a la clitoridectomía menos grave, cuando se interviene exclusivamente en el pliegue de piel que rodea el clítoris.
- 2) "Excisión: resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin excisión de los labios mayores" (OMS 2012).
- 3) "Infibulación: estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin resección del clítoris" (OMS 2012).
- 4) "Otros: todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital" (OMS 2012).

Adentrémonos nuevamente en el relato de Waris Dirie. Ella dice lo siguiente:

"Aunque sufrí como resultado de la ablación, tuve suerte. Podría haberme ido mucho peor, como les ocurría a menudo a otras chicas. En nuestro recorrido por Somalia conocíamos a otras familias y yo jugaba con sus hijas. Cuando los visitábamos de nuevo las chicas habían desaparecido. Nadie decía la verdad acerca de su ausencia y ni siquiera las mencionaban. Morían

como resultado de la mutilación: desangradas, por la conmoción, por una infección o por el tétanos” (Dirie 1998: 58).

“Apenas recuerdo a mi hermana Halemo. Tendría yo unos tres años cuando estaba con nosotros y al día siguiente ya no. Pero no entendía qué le había sucedido. Más tarde supe que, llegado su “momento especial”, cuando la gitana la circuncidó, murió desangrada” (Dirie 1998: 58).

La mutilación genital femenina suele realizarse con utensilios (tijeras, navaja, cuchilla, pedazo de cristal, tapa de una lata, etc.) y en condiciones higiénicas y sanitarias que dejan mucho que desear, lo que puede ocasionar infecciones, hemorragias y otras complicaciones, o la muerte, pues no todas las niñas sobreviven a la mutilación genital, tal como le sucedió a una de las hermanas de Waris Dirie.

La OMS (2012) informa que la mutilación genital femenina no es saludable, perjudicando a las niñas y mujeres de diversas maneras. Entre las consecuencias inmediatas que pueden darse se encuentran las siguientes: dolor intenso, hemorragias, sepsis, retención de orina, llagas abiertas en la región genital y lesiones de los tejidos genitales vecinos. Las consecuencias a largo plazo pueden consistir en infecciones vesicales y urinarias recurrentes, quistes, esterilidad, aumento del riesgo de complicaciones del parto y muerte del recién nacido, o necesidad de intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, para corregir el procedimiento de sellado o estrechamiento de la abertura vaginal con objeto de permitir las relaciones sexuales y el parto.

3. PROCESO DE INSERCIÓN SOCIAL Y CONTROL SOBRE LA SEXUALIDAD FEMENINA

Los padres que someten a sus hijas a la mutilación genital, siguiendo tradiciones ancestrales, lo hacen pensando que es por el bien de estas, con objeto de favorecer la adaptación o inserción social. Con la idea de que puedan llegar a ser todo lo que pueden llegar a ser en la sociedad a la que pertenecen. A este respecto son significativas las siguientes palabras de Waris Dirie: “...mi madre quería lo mejor para mí. Lo sé, yo misma soy madre. Todas las madres quieren lo mejor para sus hijos. Ella pensaba que con la mutilación me convertirían en una mujer, que propiciarían mi acceso a la sociedad de los adultos, que me darían la oportunidad de encontrar un marido, porque en nuestra sociedad no eres nadie sin marido” (Dirie 2005: 218).

En determinadas sociedades suele afirmarse que todo ser humano tiene, en el momento de nacer, por naturaleza, un cierto grado de bisexualidad, que en el caso del niño se reflejaría en la existencia del prepucio y en el caso de la niña en su clítoris. Partiendo de la idea de que el clítoris es la parte genital masculina en el cuerpo de la mujer, un atributo corporal del otro sexo, su mutilación o extirpación es considerada como la vía por la cual la mujer llegaría a ser completamente o solamente femenina. La mutilación genital, dentro de esta concepción, se ve como la intervención necesaria para lograr la correspondencia total del cuerpo con el sexo, eliminándose así las supuestas impurezas o imperfecciones. Se entiende como el tránsito de una etapa con un organismo insuficientemente diferenciado en su masculinidad/femenidad a una etapa en que se habría accedido a la plena diferenciación sexual, para evitar confusiones identitarias y conductuales entre las personas. Tengamos en cuenta que en aquellas sociedades en que tradicionalmente las mujeres son sometidas a la ablación genital, los hombres son circuncidados. Al hombre se le extirparía el prepucio (considerado como labio vaginal, como componente femenino) y a la mujer el clítoris (contemplado como un pequeño pene, como componente masculino). Mitología de diferenciación nítida de género y funciones, con unos roles específicos a desempeñar en la sociedad. Rito de paso, por el cual se pretende exhibir la limpieza o pureza (de sexo). Y ser reconocido socialmente, "convertido" en un ser deseable. Porque mientras tanto, o hasta entonces, el repudio puede estar presente, y padecerse, en la cotidianidad de las relaciones interpersonales. Por ejemplo, tal como comenta Waris Dirie: "Un amigo de mi padre –y su familia– viajaba siempre con nosotros. Era un viejo malhumorado, y cuando yo o mi hermana menor le incordiábamos, nos alejaba con un gesto de la mano, como espantando moscas, y para provocarnos decía: – Apartaos de mí, chiquillas antihigiénicas, criaturas inmundas. ¡Ni siquiera os han circundado todavía!" (Dirie 1998: 52).

La mutilación genital femenina, si bien es cierto que constituye una práctica favorecedora de la adaptación o inserción de la niña en su comunidad, para concretar su condición de género y otorgarle un reconocimiento social que le permita ser candidata al matrimonio y desarrollar los roles (femeninos) acordes con su cultura, por otra parte constituye una forma de control para doblegarla o silenciarla sexualmente, concediéndosele al hombre el papel dominante, el

poder para conducir y administrar unilateralmente los tiempos y las acciones durante las relaciones sexuales.

En un estudio (El-Mouelhy y Johansen 2010) realizado en tres comunidades de Egipto acerca de las percepciones de hombres y mujeres con respecto a la mutilación genital femenina, se ha encontrado la creencia de que esta práctica resulta una vía necesaria y efectiva para asegurar la virtud de la mujer. Los informantes del estudio manifestaron que el deseo sexual de la mujer reside en el clítoris y que amputándolo decrecería tal deseo, con lo que se favorecería tanto la virginidad prematrimonial como la fidelidad matrimonial. La visión de películas pornográficas, particularmente populares entre los hombres jóvenes, habría reforzado la creencia de que la ausencia de mutilación genital conduce a las mujeres a la promiscuidad y a una sexualidad insaciable. Si bien es cierto que se piensa que la mutilación genital reduce el deseo sexual, no se cree que tenga un efecto negativo en el placer sexual de la mujer ni tampoco en la felicidad conyugal. La cuestión es que no se ha atribuido importancia al deseo sexual de la mujer, puesto que el deseo sexual y el inicio de las relaciones sexuales se consideran cosas del hombre. Además, hombres y mujeres utilizan la satisfacción y el placer sexual masculino como el principal criterio para juzgar que la vida sexual matrimonial es satisfactoria para la pareja. De todas maneras, las mujeres se sienten contentas con su vida sexual, poco relacionada con su experiencia de placer sexual mientras que aparece más relacionada con la pasión, el afecto, el trato amable y la ausencia de violencia doméstica, así como con factores socioeconómicos, tales como la seguridad económica. Algunas mujeres experimentan una considerable incomodidad durante las relaciones sexuales; no obstante, en raras ocasiones interpretan esto como consecuencia de la mutilación genital sino más bien con otras experiencias, especialmente con embarazos múltiples o con la debilidad del sistema inmunitario. Por otra parte, la mayoría de los hombres considera la felicidad sexual como una parte esencial de la felicidad matrimonial, y temen que la mutilación genital femenina reduzca su propio placer sexual, no sintiéndose preocupados de que pueda reducirse el placer en las mujeres.

Como se detecta en el estudio anterior, en las comunidades que se realiza algún tipo de mutilación genital femenina se cree que ello sirve para atemperar o debilitar el deseo sexual de la mujer, lo que a su vez serviría:

- 1) Para intentar salvaguardar la virginidad prematrimonial, algo que puede constituir un indicador valiosísimo a la hora de mantener el honor familiar. La infibulación, una especie de cinturón corporal de castidad, ofrecería, en este sentido, las máximas garantías. Como refiere Waris Dirie al hablar sobre sí misma: “Con esta brillante estrategia, se aseguraban de que no practicara el sexo hasta después de casarme y de que mi marido supiera que se casaba con una virgen” (Dirie 1998: 56). “Mis genitales se hallaban sellados, como un muro de piedra que ningún hombre podría penetrar hasta la noche de mi boda, cuando mi marido me rajaría con un cuchillo o me penetraría a la fuerza” (Dirie 1998: 58). Resulta estremecedor imaginar el intenso dolor, además del grado de humillación, que puede suponer la realización de la desinfibulación.
- 2) Para favorecer la fidelidad a su esposo o pareja, como una forma de prevenir la promiscuidad, desconfiándose que lo pueda hacer como prueba de amor o por decisión propia. A este respecto son llamativas las palabras de un imán, quien refiere lo siguiente: “Las mujeres no sometidas a ablación sienten la necesidad de yacer siempre con un hombre. Cuando el marido se va a trabajar, tienen que irse a la cama con algún otro porque no pueden resistirse. Nuestras mujeres, en cambio, son fieles y reservadas. Conviven con frecuencia en familias muy numerosas, pero ya puede haber diez hombres en la casa que ellas permanecerán fieles porque están circuncidadas” (Dirie 2005: 192).
- 3) Con la idea de que el esposo no se vea desbordado por las demandas sexuales de la mujer, especialmente cuando hablamos de culturas en que el hombre tiene derecho a la poligamia y se ve en la tesitura de tener que satisfacer sexualmente a varias esposas, además de tener que sostenerlas económicamente. “Los antropólogos han observado que entre los jíbaros de la cuenca alta del Amazonas, se creía que la escisión del clítoris podía mitigar la excesiva pasión sexual de las mujeres y dar a sus maridos un merecido descanso” (Blackledge 2003: 139).

Es sabido que actualmente la mutilación genital constituye una práctica habitual en numerosas sociedades o comunidades de más de veinte países de África y en varios países de Asia, y que en los países

occidentales se ha detectado entre algunos inmigrantes aferrados a la cultura de origen, aunque, también es cierto que, en determinada época, tuvo lugar en Inglaterra, Estados Unidos, Francia y Alemania, en este caso como una propuesta médica y no como costumbre social o comunitaria.

“En la segunda mitad del siglo XIX, durante un período de más de diez años, el cirujano británico Isaac Baker Brown llevó a cabo clitoridectomías –ablaciones de clítoris– en su clínica [...]. La ciencia legitimaba estas operaciones con el argumento de que eliminar el clítoris podía sanar trastornos tan variados como la incontinencia, las hemorragias uterinas, la histeria y la manía masturbatoria. Brown tuvo tanto éxito con sus prácticas, que en 1865 resultó elegido presidente del Colegio de Médicos de Londres. Durante el siguiente año escribió un libro en el que defendía la ablación del clítoris: *On the Curability of Certain Forms of Insanity, Epilepsy and Hysteria in Females*” (Blackledge 2003: 136).

“La afición decimonónica a la extirpación quirúrgica de tejido genital para corregir lo que se consideran trastornos propios de la mujer (pero que eran rasgos normales de la sexualidad femenina) no se limitó a la escisión del clítoris o los labios de la vulva: los ovarios también cayeron bajo el escalpelo. Tan solo en el año 1855, en Gran Bretaña se practicaron más de doscientas ovariectomías, con un índice de mortalidad cercano al 50 por 100” (Blackledge 2003: 136).

“En Estados Unidos, Francia y Alemania también se practicaba “die castration der Frauen”. Fue tal el ansia mutiladora, que en 1866 un médico escribía lo siguiente en un diario británico: “Pronto se hará difícil encontrar alguna mujer que conserve la totalidad de sus órganos sexuales”” (Blackledge 2003: 137).

Los párrafos anteriores ilustran que la justificación médica de la ablación genital venía a ser una persecución disfrazada o camuflada de la sexualidad femenina, en un intento por apartar definitivamente, de manera drástica, a las mujeres del hábito de la masturbación y explicando y diagnosticando gran número de males como resultado de tendencias o prácticas sexuales desviadas. Así pues, podemos observar que en diversas épocas históricas y comunidades se ha intervenido y se interviene de manera traumática sobre el cuerpo de la mujer por intereses de control sexual.

4. EL CLÍTORIS Y LA VAGINA DENTADA

El análisis de los mitos nos ayuda a entender la forma en que el ser humano se aproxima a determinadas problemáticas y los procesos defensivos que utiliza para ocultar sus inquietudes y angustias. Llegado a este punto del artículo, quisiera comentar que el discurso justificador de la mutilación genital se ampara en argumentaciones estéticas, higiénicas e identitarias que no dejan de ser elementos encubridores de motivos inconscientes. Partamos de la mitología de los dogon, quienes sostienen que el ser humano nace con dos almas. “Mientras conserva el prepucio o el clítoris, soportes del principio de sexo contrario en el sexo aparente, masculinidad y feminidad tienen la misma fuerza” (Griaule 1966: 150), y en esas circunstancias no se sentiría interés por la procreación. El clítoris le impediría a la mujer aparearse con un hombre. “De la misma forma que Dios vio levantarse ante sí el órgano de la tierra, de la misma manera sería “pinchado” el hombre que se uniera a una mujer sin excisión y discutida su presencia por el órgano que pretendería ser su igual” (Griaule 1966: 150).

En la cosmogonía de los dogon la tierra es un cuerpo femenino, cuya vagina es un hormiguero y su clítoris un termitero. Dios, que estaba solo, quiso unirse a la tierra, pero en el momento en que se encontraba próximo a ella, se alzó su termitero, impidiéndole el paso y mostrándole el sexo masculino. “No obstante, Dios es todopoderoso. Abate el termitero rebelde y se une a la Tierra sometida a la excisión” (Griaule 1966: 22).

Los dogon creen que la dualidad sexual supone la imposibilidad del apareamiento. Su mitología ilustra el miedo de los hombres a no poder consumir la relación. Su mitología expresaría la angustia que provoca en ciertos hombres el reconocimiento de todo aquello que puedan percibir de carácter fálico o masculino en las mujeres, por ejemplo, el clítoris. Y es por tal motivo que, sintiéndose amenazados por determinados aspectos (del cuerpo) de las mujeres, contemplan su modificación (corporal) como la solución para relacionarse con ellas sin problemas.

El clítoris, un órgano con infinitud de terminaciones nerviosas y que mediante su estimulación brinda a la mujer la posibilidad de experimentar gran placer sexual y llegar al orgasmo, ha sido demonizado en determinadas sociedades, considerándosele como un órgano peligroso cuyo contacto puede resultar fatal. Así, de acuerdo

con ciertas creencias culturales, si durante el parto el clítoris toca la cabeza del niño este puede morir o quedar afectado con trastornos mentales. También se sostiene que el clítoris (un *dardo* según los bambara) puede dañar gravemente al hombre durante el momento del coito o incluso producirle la muerte. Cabe destacar que estas consideraciones acerca del clítoris (o las creencias de los dogon) remiten al mito de la vagina dentada. Con diversas derivaciones o variantes, en este mito que está extendido entre comunidades de todo el planeta, a lo largo y ancho de África, en América del Norte y del Sur, en Europa y en la India, se habla de mujeres o seres femeninos que poseen una vagina poblada o dotada con dientes, con capacidad para atrapar y devorar el pene, por lo que, el héroe de turno, se lanza a la labor de derribarlos o extirparlos, con la finalidad de conjurar la amenaza castradora de la vagina y pasar así a la posición de dominador en la relación (sexual). Veamos unos ejemplos: “En un relato toba-pilagá incluido por Lévi-Strauss [...] en *Lo crudo y lo cocido*, se habla de las mujeres de vagina dentada que bajan del cielo y roban carne a los cazadores. En otro mito de los *matako* (habitantes del Chaco), el héroe Carancho, valiéndose de una piedra, quitó la letal dentadura vaginal a estos seres, haciendo posible que los hombres pudieran copular. En la versión mítica del origen de las mujeres pilagá registrada por Newbery [...] se indica que comían por la boca “y entre las piernas”; el águila enseñaría a desdentarlas (con una piedra, según ha dicho) para que nacieran los primeros pilagá” (Báez-Jorge 2000: 113).

En el mito de la vagina dentada el héroe se acerca a la sexualidad como a un campo de batalla, y no de intercambio amoroso, donde su propósito radica en conseguir pleno gobierno sobre la figura femenina, hasta entonces dominadora de la relación. “En una versión hindú se relata la historia de la hija de un Rakshaa (demonio) que tenía alargados y afilados dientes en su vagina. La presencia de un hombre la movía a convertirse en una bella y cautivadora doncella, para así seducirlo, cortarle el pene y comérselo lanzando posteriormente el resto del cuerpo a los tigres. En una oportunidad, en la densidad de la selva, conoció a siete hermanos [...]. Transcurrido un tiempo prudente sedujo al hermano mayor en un lecho cercano a la morada de los tigres, le mutiló el pene al joven, y arrojó su cuerpo como pábulo de felinos. De la misma forma procedió con los demás hermanos hasta que solo quedaba el benjamín. Sin embargo, cuando llegó el turno de este los dioses le ayudaron enviándole un sueño: si

te vas con la joven lleva un tubo de hierro y en vez de hacer el amor con ella, introdúceselo en la vagina y destrúyete los dientes. Eso hizo el hermano menor, poniendo bajo su control a la hija de Rakshaa” (Capriles 1979).

Podemos afirmar que en los relatos mitológicos acerca de la vagina dentada el clítoris vendría a ser el diente que sobrevive o persiste incólume después de que los otros hubieran sido extirpados o arrancados. El mito de la vagina dentada representa la angustia del hombre de quedar atrapado y ser devorado durante el acto sexual con la mujer, por lo que, siguiendo con esta formulación metafórica, lo más seguro para él sería relacionarse con una mujer vaginalmente desdentada, sin ningún diente, esto es sin clítoris, completamente inofensiva y dócil. En este sentido, la ablación del clítoris se presenta como el mecanismo por el cual el hombre afectado por un gran complejo de castración intentaría hacer desaparecer el carácter amenazador del aparato genital femenino para convertirlo, en un cruel ejercicio de domesticación, en un espacio habitable o gobernable para el pene. Pero en el fondo, todos los intentos del hombre por dominar (sexualmente) a la mujer encubren su gran temor de no poder responder adecuadamente ante ella, de no estar a la altura de ella, de verse disminuido o quedar cuestionado en su virilidad, en su potencia sexual, en su masculinidad u hombría. Es por eso que, cuando en una sociedad se defiende la ablación del clítoris, tendría que preguntarse por los miedos del hombre, por el temor inconsciente que ese órgano genital (y, por consiguiente, la relación con la mujer) le infunde.

Por otra parte, podemos considerar que el complejo de castración no se circunscribe al ámbito específico de la sexualidad sino que además se extiende a otros ámbitos de la cotidianidad. El temor a la mujer puede derivar en impotencia como también en su negación, en una masculinidad exacerbada o en afán de dominación. Hablamos de unos hombres que necesitan que las mujeres sean sumisas, dóciles, serviles, dependientes de ellos, para así sentirse poderosos y dominantes. La posibilidad de que ellas se manifiesten o desempeñen con suficiencia, poder y libertad les descoloca y desubica, les precipita al abismo de sus miedos masculinos de impotencia sexual y relacional. Lo que no ven o no quieren ver los hombres dominantes para con las mujeres es que las diferencias sexuales, el hecho de ser diferentes, no tiene que suponer desigualdad relacional ni ejercicio

de poder de nadie sobre nadie. Creen o temen que las mujeres libres e independientes los devoren, los trastornen, los anulen, los dejen en evidencia o los conviertan en impotentes.

5. CONCLUSIONES

Como hemos visto en este artículo, el objetivo principal de la mutilación genital femenina responde al deseo de controlar y dominar la capacidad sexual de la mujer. Un afán de control o dominación que denota un gran temor: que la mujer no mutilada genitalmente pueda sentirse insatisfecha con el grado de placer que obtiene y/o con el número de relaciones sexuales que mantiene con su esposo, o que el hombre quede devorado o subsumido por la capacidad sexual de la mujer. Un afán de dominación que remite a la inseguridad del hombre en su propia capacidad amorosa para con la mujer.

Es evidente que en las sociedades temerosas de la sexualidad (femenina) se idean diversos dispositivos orientados a la represión o reducción del apetito sexual. El clítoris es visto como un órgano de voluptuosidad cuyo tocamiento podría conducirle a la mujer a una sexualidad desbordante, desenfrenada, inmoral, en lugar de verse como un órgano por el cual poder disfrutar libremente y sin complejos del placer sexual. En estas sociedades no se contempla la gratificación sexual de la mujer al margen del propósito de la reproducción o de la satisfacción al hombre, como si el placer por el placer en la mujer fuera peligroso o subversivo para la estructuración social. Se pretende, exige y espera que el desempeño de la mujer en el área sexual lo sea desde la mera receptividad o pasividad. Mujer dócil, sumisa, obediente. Y complaciente. No demandante ni autónoma, pues a la mujer que busca la satisfacción libre de su sexualidad, saltándose las normas estrictas y asfixiantes de la sociedad, se le acusa de perversa o prostituta, como mala mujer. Dicho de otra manera, cuando en determinadas sociedades y/o épocas históricas la aceptación y adaptación de la mujer pasa por el control de su sexualidad, bajo la consideración de evaluaciones dicotómicas rígidas (mujer santa o pura versus mujer lasciva), ello es revelador del miedo del hombre a la mujer.

De todos modos, aunque no se llegue a practicar la mutilación genital, Wilhelm Reich nos advierte que las sociedades patriarcales desarrollan formas refinadas y eficaces de control sexual (mediante prohibiciones y estrictas medidas morales), cuyo resultado es un

daño temprano en la capacidad de expresión sexual del ser humano, “en el sentido de la impotencia orgástica, no sin colgarse del cuello, al mismo tiempo, las neurosis, las perversiones y los delitos sexuales” (Reich 1932: 75). Teniendo en cuenta esta tesis, quisiera manifestar lo siguiente: todo afán de dominación (sexual) supone una respuesta patológica en el manejo de los temores con respecto a la persona con la que se desea mantener o ya se mantiene una relación mientras que la capacidad y oportunidad de participar en relaciones (sexuales) consensuadas, en busca de la satisfacción de todos sus participantes, redundan en el desarrollo personal y en las posibilidades de disfrutar y ser felices.

6. IDEAS PARA UNA PROPUESTA PREVENTIVA

Cuando abordamos el tema de la sexualidad en una determinada sociedad, hemos de tener en cuenta que las valoraciones y significaciones colectivas tienen gran repercusión en los individuos y en sus formas de expresión sexual. En este sentido, hay sociedades que se guían o conducen desde el respeto a las minorías sexuales y en defensa de las relaciones igualitarias entre hombres y mujeres mientras que otras sociedades en su conjunto, o en determinados subgrupos, se conducen mediante actitudes persecutorias, discriminatorias y gravemente limitadoras de la capacidad de expresión de sus integrantes en general o de determinados sujetos. En lo que respecta al tema que nos ocupa, el de la mutilación genital femenina, constituye un gran reto tratar de desarticular el discurso alienador que lo sustenta y que en determinadas grupos o comunidades puede estar fuerte e históricamente arraigado, siendo necesario un abordaje multidisciplinar e integral, que tendría que desarrollarse en diferentes vertientes (legal, sanitaria, educativa, sociocultural) y dirigirse a profesores, padres y madres, profesionales de la salud, políticos y líderes religiosos, periodistas, etc.

Es importante desarrollar actividades encaminadas a sensibilizar acerca del sufrimiento físico y psicológico de las niñas y mujeres que son víctimas de la mutilación genital, dando a conocer las graves limitaciones y dificultades que ello les puede generar a lo largo de sus vidas.

Se debe luchar contra todo tipo de mutilación genital realizado por razones no terapéuticas a las niñas y contra la que es forzosa para la población femenina adulta. Otra cuestión diferente es que

entre mujeres adultas algunas de ellas decidan libremente someterse a una mutilación genital por motivos rituales o socioculturales, de manera semejante a como proceden ciertas mujeres de las sociedades occidentales que se someten a diversas cirugías (como son la vaginoplastia y la implantación de prótesis mamarias) con el objetivo de adecuarse a unos determinados cánones de belleza y sentirse sexual o corporalmente atractivas. O como cuando en las relaciones sadomasoquistas, en función del juego erótico de dominación-sumisión, y de manera consensuada, se busca o plantea el daño mental y/o físico, pudiendo llegar a concretarse mutilaciones corporales diversas.

Sabido es que la educación puede tener un papel conformador y transformador de conciencias y que, desarrollada desde la primera infancia, debe fomentar actitudes igualitarias, tolerantes y respetuosas para con el otro. Tratando de erradicar todas las formas de maltrato que, a veces, por el arraigo cultural, pueden pasar desapercibidas para bastantes personas. Por eso, si se desea llevar a cabo una intervención terapéutica y/o preventiva con estas personas, es necesario disponer de capacidad y talante para adentrarse empáticamente en sus propuestas y planteamientos ante la existencia, tratando de conocer cómo está estructurado su imaginario social. Y a este respecto la mitología y los ritos ofrecen información sumamente valiosa. Como sugiere Adriana Kaplan en diferentes artículos (véase, por ejemplo, Bedoya y Kaplan 2004, Kaplan y colaboradores 2006) debería realizarse un acercamiento antropológico a la realidad de los grupos en que se practica la mutilación genital, para así poder ser reconocidos como mediadores y poder trabajar eficientemente con sus integrantes las problemáticas que les afectan. En el tema que nos ocupa, una posibilidad de trabajo es preguntándose por los mitos y miedos sobre la vida sexual, ayudando a entender a la gente que la sexualidad es consustancial al ser humano y que todos y cada uno de nosotros tenemos derecho a vivirla en función de nuestros afectos y deseos y desde el respeto a nuestra integridad corporal y nuestra voluntad.

Uno de los motivos referidos por los defensores de la mutilación genital femenina es que dicha práctica favorece en la mujer su fidelidad y comportamiento virtuoso. De todos modos, habría que cuestionar tal forma de proceder, violatoria de los derechos humanos, además de poner de relieve que la fidelidad dependiente de la utilización de “un cinturón corporal de castidad” dista de ser una fidelidad auténtica.

Es sumamente interesante y útil plantear talleres sobre salud sexual, que pueden resultar de gran alcance terapéutico y preventivo, en los cuales hombres y/o mujeres puedan hablar libremente sobre sus inquietudes, miedos, inseguridades, deseos y fantasías con respecto a las personas del otro sexo. En los talleres a realizar con hombres una cuestión importante a abordar sería el temor a la figura femenina (Horney 1932), que si es reconocido y elaborado psíquicamente les ayudará a conocerse mejor, a explorar en sus recursos personales y a aproximarse respetuosa y empáticamente a las mujeres.

En los talleres sobre salud sexual habría que informar que toda persona, independientemente de su sexo, tiene derecho al placer y que el control del cuerpo (y la sexualidad) de la mujer afecta, obviamente, en la capacidad de expresarse y disfrutar de la mujer, y de manera secundaria también al hombre, puesto que la capacidad de gozo en la mujer no es limitadora sino acrecentadora de su capacidad de placer. Además, se debe tener en cuenta que la actitud controladora y dominadora del hombre sobre la sexualidad de la mujer constituye por sí misma una actitud neurótica en su capacidad de interacción.

Por último, considero importante realizar encuestas y entrevistas sobre actitudes y pensamientos con los grupos de hombres y mujeres con quienes se desarrollan tareas educativas, terapéuticas y/o preventivas, también con la población en general, para saber en qué medida se mantienen y modifican o evolucionan las formas de entender las relaciones interpersonales.

7. TRATADOS INTERNACIONALES

Los derechos humanos son los derechos esenciales por los cuales todos y cada uno de los seres humanos somos reconocidos en nuestra libertad, igualdad y dignidad para poder vivir y desarrollarnos plenamente. Fue en 1948 cuando la Organización de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para todas las personas “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2).

En la medida que la práctica de la mutilación genital femenina se apoya en un marco ideológico de dominación patriarcal, constituye una vulneración del principio de igualdad y una negación de la libertad, al mismo tiempo que pone en riesgo la vida de la mujer y

su seguridad como persona (véase el artículo 3), contraviniendo lo defendido en el artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, manantial de grandes ríos y numerosos afluentes portadores de valores en favor de la libertad y la igualdad, la justicia social, se han ido elaborando otros documentos declarativos que llaman la atención sobre determinadas problemáticas y poblaciones de personas afectadas. Con respecto al tema que nos ocupa merecen destacarse los siguientes tratados internacionales:

- 1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado en 1966 y en vigor desde 1976);
- 2) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada en 1979 y en vigor desde 1981);
- 3) Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (1981);
- 4) Convención sobre los Derechos del Niño (1989);
- 5) Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993);
- 6) Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994;
- 7) Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) se reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, debiendo velarse para asegurar “el sano desarrollo de los niños” (artículo 12).

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) se insta a los gobiernos a tomar medidas apropiadas “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” (artículo 5).

En la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (1981) se establece lo siguiente: “La práctica de la

religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral" (artículo 5).

Teniendo en cuenta que la mutilación genital femenina se efectúa frecuentemente en la infancia, es pertinente apoyarnos en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y destacar:

- Que se ha de garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (artículo 6);
- Que se han de adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual" (artículo 19);
- Que se han de adoptar "todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños" (artículo 24);
- Que ha de velarse para que "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (artículo 37).

En la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) se insta a los gobiernos a "condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla" (artículo 4), incluyéndose en dicha denominación la mutilación genital femenina (véase el artículo 2).

En el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo "Se insta a los gobiernos a que prohíban la mutilación genital femenina dondequiera que se practique y a que apoyen decididamente los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales y comunitarias y las instituciones religiosas por eliminar esas prácticas" (Naciones Unidas 1995: 24). Por otra parte, se pone de manifiesto "el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva" y "el pleno respeto de la integridad física del cuerpo humano". En lo que respecta a la ideología de dominación machista, cabe destacar que "las prácticas tradicionales encaminadas a controlar la sexualidad de la mujer han sido causa de grandes sufrimientos. Entre ellas se encuentra la práctica de la mutilación de los genitales femeninos, que constituye una violación de derechos fundamentales y un riesgo que afecta a las mujeres en su salud reproductiva durante toda la vida" (Naciones Unidas 1995: 45).

En el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, donde se recogen muchos de los planteamientos de textos declarativos anteriores, se manifiesta, entre otras cuestiones, la decisión de:

- “Garantizar a todas las mujeres y las niñas todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y tomar medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades” (Naciones Unidas 1996: 4);
- “Adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer” (Naciones Unidas 1996: 4);
- “Prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas” (Naciones Unidas 1996: 4);
- “Garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación” (Naciones Unidas 1996: 4).

Y además se afirma, entre otras cosas, que:

- “Es preciso lograr que la mujer pueda ejercer el derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud durante todo su ciclo vital” (Naciones Unidas 1996: 36);
- “Las condiciones que fuerzan a las niñas al matrimonio, el embarazo y la reproducción a edad temprana y las someten a prácticas perjudiciales, como la mutilación genital, acarrear grandes riesgos para su salud” (Naciones Unidas 1996: 36);
- “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia” (Naciones Unidas 1996: 38).

Ya hemos visto que la mutilación genital femenina, reflejo de una tradición al servicio de la dominación masculina, puede acarrear graves consecuencias en la salud física y mental de niñas y mujeres, impidiéndoles o coartándoles la posibilidad de desarrollarse plenamente, además de vulnerar el derecho a disfrutar y decidir libremente sobre la sexualidad y la relación con el cuerpo, por todo lo

cual ha sido considerada y abordada por la comunidad internacional como una problemática de salud pública y de justicia social.

La mutilación genital femenina, en tanto que problemática psicológico-cultural, ha de estudiarse y abordarse desde una visión amplia e interdisciplinaria, aunando propuestas y acciones diversas (legales, sociales, educativas, sanitarias), desde la información, la concienciación, la sensibilización y la capacitación, tanto a nivel individual como comunitario. Como bien se plantea en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, "Las medidas encaminadas a eliminar esa práctica deberían incluir programas eficaces de divulgación en la comunidad, en los que participen los dirigentes religiosos y locales, y que incluyan educación y orientación acerca de sus efectos sobre la salud de las niñas y mujeres, así como tratamiento y la rehabilitación apropiados para las que hayan sufrido una mutilación. Los servicios deberían incluir la orientación de las mujeres y los hombres con miras a desalentar dicha práctica" (Naciones Unidas 1995: 46). Sumemos nuestras fuerzas y sinergias en aras de la igualdad, la libertad y el respeto para todos y cada uno de los seres humanos. Por un mundo de acogida al otro como otro, en su singularidad y diferencia. Por un mundo en el que reine la justicia social.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Báez-Jorge, Félix. 2000. "Kauymáli y las vaginas dentadas". *El héroe entre el mito y la historia*. México: Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.

Blackledge, Catherine. 2003. *Historia de la vagina*. Barcelona: Península, 2005.

Bedoya, María Helena y Kaplan, Adriana. 2004. "Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica". Lucas, J. y García Añón, J. (Ed.). *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard to FGM*. Spanish Report, Universitat de Valencia.

Capriles, Axel. 1997. "El miedo a las mujeres". *Analítica Mensual*, nº 19. <http://www.analitica.com/archivo/vam1997.09/soc04.htm>

Dirie, Waris. 1998. *Flor del desierto*. Madrid: Maeva, 2003. – 2005. *Niñas del desierto*. Madrid: Maeva.

El-Mouelhy, Mawaheb T. y Johansen, R. Elise B. 2010. "Men's and women's perceptions of the relationship between female genital mutilation and women's sexuality in three communities in Egypt". Geneva: World Health Organization, Department of Reproductive Health and Research.

Griaule, Marcel. 1966. *Dios de agua*. Barcelona: Alta Fulla, 1987.

Horney, Karen. 1932. "El miedo a la mujer". *Psicología femenina*. Madrid: Alianza, 1986.

Kaplan, A., Torán, P., Bedoya, M. H., Bermúdez, K., Moreno, J. y Bolívar, B. 2006. "Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria". *Atención Primaria*, vol. 38, nº 2.

Naciones Unidas. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

– 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

– 1979. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

– 1981. Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

– 1989. Convención sobre los Derechos del Niño.

– 1993. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

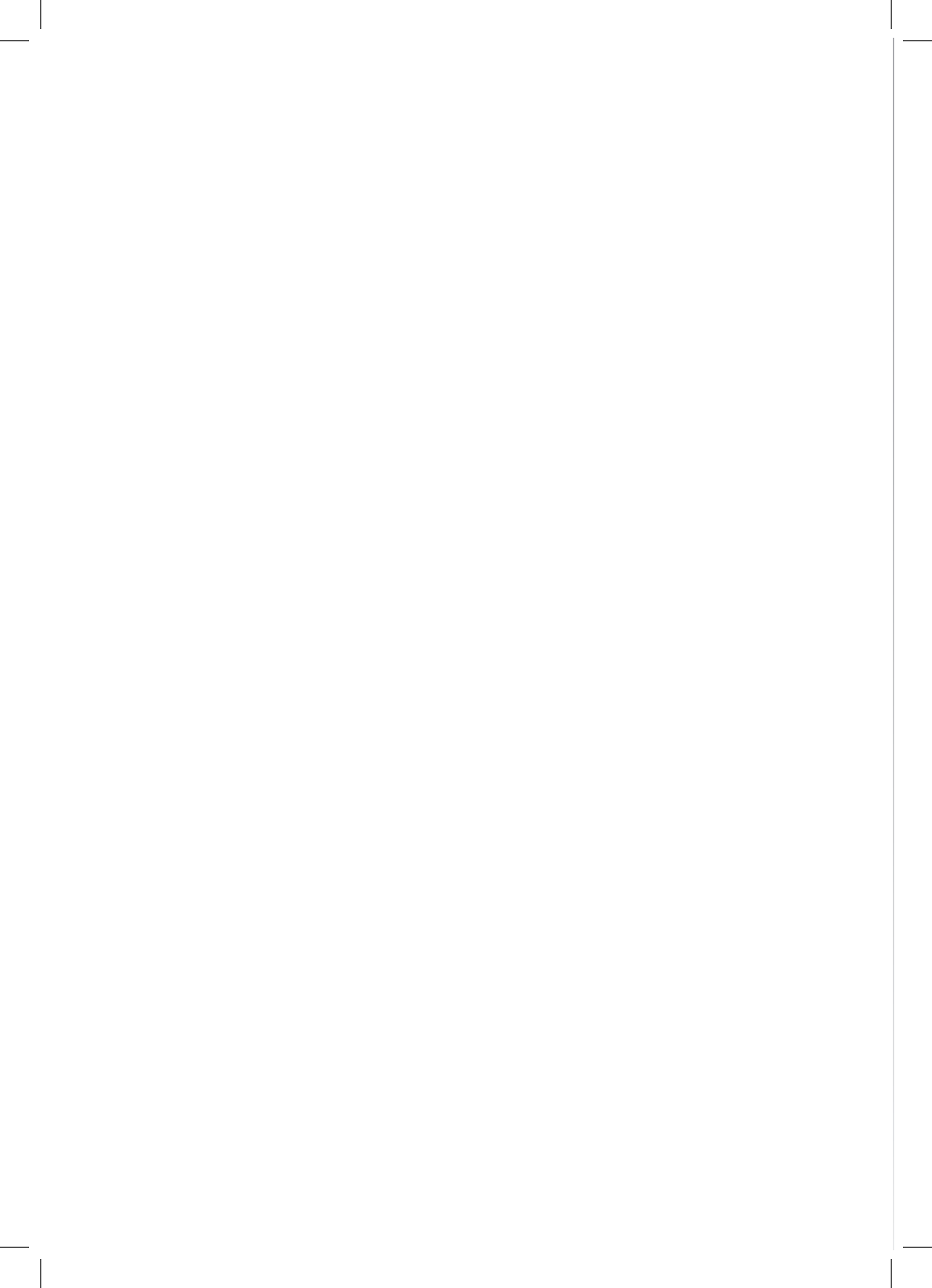
– 1995. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Nueva York: Naciones Unidas.

– 1996. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Nueva York: Naciones Unidas.

OMS. 2012. "Mutilación genital femenina". Nota descriptiva nº 241. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/index.html>

Reich, Wilhelm. 1932. *La irrupción de la moral sexual*. Buenos Aires: Homo Sapiens, 1983.

Tractenberg, Moisés. 1972. *La circuncisión*. Buenos Aires: Paidós.



EL PATRÓN DE ACUMULACIÓN NEOLIBERAL: FRAGMENTACIÓN Y EXCLUSIÓN SOCIO-TERRITORIAL EN AMÉRICA LATINA

Marcelo Rodríguez Mancilla

Psicólogo por la Universidad de Valparaíso, Chile; Magíster en Estudios Urbanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Los procesos de transformación económica, cultural, política y social en América Latina, que decantan en los procesos urbanos, tienen efectos concretos sobre la vida de las personas y la morfología del territorio. De hecho, los procesos de transformación de las sociedades fundamentados en la modernización de las relaciones socio-territoriales, han impactado todas las esferas y estructuras sociales que sostienen los mercados capitalistas como centros de la organización social. Es el ámbito económico de acumulación (desde la producción a la distribución social) el principio de realidad de la modernización en la ciudad. Estas transformaciones, como parte de procesos de dominación material y simbólica, inciden en nuestras formas de entender la vida, las relaciones sociales y orientan nuestros comportamientos políticos.

En función a un conjunto de transformaciones en los sistemas políticos en América Latina, se han podido observar cambios en torno a la relación entre la política, las políticas públicas y la urbanización. Estos cambios pueden conceptualizarse desde las redefiniciones del rol del Estado, mercado y sociedad que deviene de procesos de reformas estructurales neoliberales hasta la situación actual, por consenso de Washington (Moreira, 2012). Estas nuevas redefiniciones, nos llevan al plano de la cuestión social, en tanto, existe en América Latina una urgente necesidad de abordar los problemas de desigualdad social, pobreza y marginalidad como efectos concretos de las políticas neoliberales.

Las formas de producción social de la ciudad que tienen efectos complejos, remite a un debate central en los Estudios

Urbanos. Se busca visibilizar los mecanismos que han conducido a un problema general: la injusticia y la desigualdad social como producto del modelo neoliberal que produce ciudades fragmentadas en lo morfológico y excluyentes en lo social. La tensión exclusión-inclusión social adquiere relevancia en torno a la construcción de proyectos de sociedad centrados en las condiciones de posibilidad para la reproducción de la vida y el ejercicio efectivo de los derechos humanos y la redistribución de la riqueza.

Sometemos al debate nuestra hipótesis de trabajo: el patrón neoliberal de acumulación del capital es el factor de mayor peso explicativo de los procesos de transformación urbana en América Latina, lo que ha generado fragmentación espacial y exclusión socio-territorial. El objetivo es analizar la relación entre el patrón de acumulación neoliberal y los procesos de urbanización en América Latina. En términos metodológicos, se realiza una revisión de la literatura académica especializada en la materia, para identificar las principales líneas teóricas y empíricas argumentales, que permiten sostener la hipótesis propuesta.

Para estos efectos, en un primer momento, presentamos las premisas teóricas que nos ubican en la Escuela Francesa de Sociología Urbana y por tanto en la crítica a la sociedad capitalista. En un segundo momento, cuestionamos el proyecto liberal de la ciudadanía como un proyecto de sociedad incompleto y centrado en libertades individuales que no ha logrado en la región su promesa inicial. En un tercer momento, describimos los principales efectos sociales y territoriales de los procesos de urbanización en América Latina asociados a las políticas neoliberales. En un cuarto momento, presentamos el debate sobre el espacio público y la necesidad de avanzar hacia la consolidación de otro tipo de ciudadanía (derecho a la ciudad) y de espacio público, centrado en lo colectivo y en el principio inalienable de la igualdad. Partimos de preguntas orientadoras, a saber: ¿de qué manera ha impactado la profundización del patrón de acumulación neoliberal en la conformación de las ciudades en América Latina?, ¿qué efectos y relaciones se observan en materia de construcción de ciudadanía y de los espacios públicos?

PREMISAS TEÓRICAS

Desde la producción teórica y empírica en Ciencias Sociales existe una importante preocupación que busca relacionar las

categorías de la espacialidad, la subjetividad y la política, que han sido tratadas por diversas disciplinas afines. En general, se ha dado un proceso de doble vía, pues, se ha introducido la variable social a las concepciones del espacio y se ha considerado el espacio por quienes estudian el campo social (Cravino, 2009).

Este proceso de producción plantea la necesidad de una articulación dialéctica entre estas dos categorías como problema teórico relevante. Esta perspectiva dialéctica sobre la producción social del espacio (Lefebvre, 2007) supone un conflicto permanente entre fuerzas sociales y políticas que (re)producen socialmente el espacio urbano, pues el capitalismo no se sostiene solamente sobre los mercados y las empresas sino sobre el espacio (Lefebvre, s/f).

No se puede analizar por separado el proceso de producción y el producto mismo, lo que requiere descifrar los códigos de la práctica social de una sociedad, por medio de la producción y los productos, pero de forma simultánea (Hiernaux, 2004). Así, las relaciones sociales y las relaciones de poder son posibles por un ordenamiento del espacio de los que se derivaría una premisa política central, a saber, cambiar la sociedad implica cambiar también el espacio (Peña, 2011).

Toda forma de acción social en la humanidad responde a las condiciones materiales de existencia que van configurando sistemas de creencias que promueven valores, relaciones sociales y relaciones de producción y reproducción de la vida. Tales configuraciones se sitúan espacial y temporalmente, ocurren en un territorio y en unos momentos históricos determinados. Cada sociedad, por tanto, produce su espacio, crea y recrea formas sociales que construyen sentidos y significados, en base a fuerzas sociales y políticas en constante tensión (Lefebvre, 2007).

Es pertinente considerar que los procesos de transformación urbana del siglo XIX se configuran como un reordenamiento del mundo y de la ciudad. Si el principio del siglo XVIII es la libertad, para el siglo XIX es el orden y el progreso, con su consecuente dominio sobre la naturaleza. Este ordenamiento está directamente vinculado a la modernización de la vida, que tiene como características centrales: los procesos de industrialización, secularización, racionalización e individuación. El ideal moderno, sus principios económicos, políticos y sociales, constituyen el trasfondo de las transformaciones urbanas a partir de las cuales surgen las necesidades espaciales y las nuevas ciudades.

El proceso de industrialización constituye el fenómeno con el cual se inicia el análisis de la problemática de la ciudad y lo urbano. “Nos encontramos ante un doble proceso *...+, industrialización y urbanización, crecimiento y desarrollo, producción económica y vida social. Los dos aspectos de este proceso son inseparables, tiene unidad, pero sin embargo el proceso es conflictivo (Lefebvre, 1973: 23). Este devenir dialéctico no está terminado ni tampoco resuelto, ya que configura gran parte de las situaciones problemáticas en la ciudad hasta la actualidad.

El proceso de transformación de la sociedad, a partir de la industrialización, se fundamenta en la idea de progreso, que fue profundizándose con el enfoque moderno del urbanismo y la racionalización del espacio. Esta forma de organización es de carácter funcionalista. “Al privilegiar el progreso (el tiempo), hace olvidar su condición de posibilidad, el espacio mismo, que se vuelve lo impensado de una tecnología científica y política” (Certeau, 2007: 107).

Dado que la ciudad, sus significaciones, imágenes, percepciones y configuraciones espaciales están en constante variación, es central una reflexión permanente de tales cambios. Estos cambios no son determinantes espaciales (como lo sostiene la Escuela de Chicago), más bien se explican desde el análisis sistemático de las relaciones de poder, desde los conflictos sociales urbanos, desde las relaciones económicas y políticas que afectan las prácticas y decisiones en los espacios urbanos.

Partimos de la siguiente premisa teórica: el espacio y la gestión de la ciudad, se explica por una constante y compleja disputa entre fuerzas sociales y políticas, que producen, reproducen y transforman las condiciones materiales e históricas de la ciudad como producción social. En ese sentido, la utilización del espacio, según Lefebvre (1976), ha sido siempre política, estratégica e ideológica. Este enfoque amplía el debate sobre la ciudad y lo urbano, como obra colectiva, al ubicarla en el centro de las sociedades contemporáneas bajo la doble especificidad, social y espacial.

Toda propuesta de sociedad surge en un espacio social intersubjetivo y territorial, que intenta establecer un orden social, una estructura de soporte y una función que le permita mantener dinámicamente tal orden. Ese orden también crea desorden, de modo que, tal dialéctica se enclava en la ciudad, la cual configura el

espacio público/privado¹ de reproducción y producción, ya sea para la conflictividad o para la convivencia social. La propuesta de sociedad materializa en la ciudad las condiciones para afirmar o para negar la vida digna² de los ciudadanos y las ciudadanas, y es la ciudad la que, a su vez, las condiciona.

Según Lamy (2006), las ciudades han estado en el centro de las grandes transformaciones sociales de todo tipo, han ido configurando diversos momentos de agrupamiento humano, de actividades económicas y de distintas formas en que se expresa el poder. Si estudiar la ciudad es estudiar la sociedad, entender la ciudad es crucial para entender la sociedad. En efecto, es el espacio y por el espacio donde se produce la reproducción de las relaciones de producción capitalista. El espacio deviene cada vez más un espacio instrumental (Lefebvre, s/f), el espacio dominante y dominado, lo que nos conduce a una pregunta teórica sugerente ¿por qué se asigna prioridad a lo que se conoce o se ve sobre lo que se vive? (Lefebvre, 2007).

Para Marx, tanto en su obra *La Ideología Alemana* (2005) como en *El Capital* (1952), la ciudad es tanto una condición histórica y necesaria para el desarrollo del mundo capitalista, como la creación de las condiciones materiales generales de producción. Esta condición da cuenta de que la ciudad, el territorio, simboliza el poder como resultado de la desigual distribución de los medios de producción que sustentan el orden social capitalista. Sería, en este sentido, un producto del desarrollo de la sociedad burguesa, pero a la vez un escenario para el cambio social.

Compartimos la premisa teórica central: el espacio social es un producto social (Lefebvre, 2007), es decir que todo espacio es un espacio social, el cual es engendrado por fuerzas políticas y sociales. Así conceptualizado, el espacio social se constituye en una

1 Según Borja (2012) es el urbanismo del siglo XIX el que formalizó la distinción jurídica entre espacio privado y espacio público, regulando los usos edificatorios, públicos y privados con el fin de garantizar los espacios públicos y la diversidad de funciones y de usos colectivos.

2 La vida digna la entendemos desde una ética de máximos, que refiere a que las personas deben vivir bajo un sistema social, económico, cultural y territorial que les permitan acceder a bienes y servicios urbanos y ejercer sus derechos colectivos. Suponemos que la vida en la ciudad deberá satisfacer las necesidades individuales, relacionales y colectivas de las personas que la habitan. Esto supone un debate sobre el principio inalienable de la igualdad, la distribución equitativa de los recursos materiales y simbólicos que produce una sociedad particular.

herramienta de pensamiento y de acción. Es un medio de producción y de control y por lo tanto de dominación y de poder.

Siempre se ha constituido en un debate el modelo de sociedad/ciudad propuesto y deseado, sus valores humanos asociados y las condiciones materiales necesarias para la realización de tales valores. El conjunto de valores, sean estos explícitos o implícitos, remiten a intereses sociales particulares y diversos. Muchos de estos intereses, organizados como ideología y materializados como instituciones políticas y económicas, generan mecanismos que producen subjetividades políticas en las personas, mediando la acción colectiva e individual.

En efecto, la urbanización capitalista es ante todo, una multitud de procesos privados de apropiación del espacio que está determinado por las propias reglas de valorización de cada capital particular. Así, las ideologías hegemónicas del neoliberalismo *...+ que “nubla el papel de los sujetos reales, los capitalistas, *...+ las corporaciones transnacionales, los fondos de inversión, etc.” (Pradilla, 2010b: 12) ponen al mercado como sujeto y sentido central de las relaciones sociales y psicosociales, que define los cursos de acción en y de la ciudad, a partir de los intereses de las clases dominantes. Se articula el Estado y su política para el mercado, lo cual devela relaciones de poder asimétricas que impactan de manera desigual en la sociedad civil, en la producción de sujetos y de infraestructura urbana.

El sujeto mercado, basado en la acumulación del capital, decide la ciudad y sus espacios bajo las relaciones público/privadas encarnadas en gobernantes y empresarios. Estos intereses se configuran como sistemas intencionales que promueven un modelo económico, cultural, político y social sobre el territorio, sus relaciones y sus proyecciones, pero que no están exentas de reivindicaciones sociales que encarnan de manera dinámica y diversa el poder popular. Pasemos a ver la redefinición del rol del Estado en el marco de los procesos de ciudadanía liberal individualista y sus contradicciones.

CIUDADANÍA INCOMPLETA

El desarrollo del discurso de la ciudadanía moderna está vinculado al surgimiento de la modernidad y al Estado, como forma de organización política. Si bien “el discurso de la ciudadanía encuentra alguna de sus raíces en la experiencia de la polis ateniense o el derecho romano, el concepto de ciudadano que compartimos

en nuestros días, no se empezó a forjar sino a partir de los siglos XVI y XVII gracias a la estabilización y concentración del poder político en una unidad territorialmente definida, llamada Estado” (Sandoval, 2008: 159). El Estado, como invención, es la institución que concentra el poder, el control y la coerción legítima. Su accionar remite a la regulación de la vida social y política en las sociedades, a la vez que construye instituciones y vínculos entre éstas para ir configurando tipos de relaciones sociales y condiciones materiales de existencia.

La consolidación del sistema social y productivo capitalista y su asociación con la organización política bajo la idea de la democracia liberal, fueron dando las condiciones que incidieron en el orden simbólico y material para asumir la ciudadanía como concepto moderno hegemónico, desde la segunda mitad del siglo XIX. Esta corriente de pensamiento y modelo de sociedad se fue permeando en América Latina, donde el discurso sobre las condiciones de vida de la población en la ciudad y de la institucionalidad, se fundamentaba en la idea de un proyecto de sociedad liberal basado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En principio, este modelo proponía una cobertura universal bajo la idea de acceso a los derechos de todos y todas. No obstante, las condiciones reales de existencia de la población, en nuestra región, no permiten afirmar que vivimos a cabalidad este proyecto liberal. Al contrario, observamos, una condición de ciudadanía incompleta, puesto que las condiciones de vida de la población son profundamente desiguales e injustas.

Este enfoque liberal, más bien, ha centrado su ideología en el mercado, el individuo y el Estado, siendo éste último su escenario de (des)regulación, por lo que la sociedad debe ser entendida a partir del individuo y su relación con el consumo. La producción de la realidad social es vista, entonces, desde el individuo que está integrado o no al orden social instituido por el saber experto (Escobar, 2002). La funcionalización del individuo a este modelo comprende una normatividad limitada, que a fin de cuentas, lo que hace, es mantener discursos y prácticas institucionales regulatorias de las subjetividades que perpetúan el desajuste estructural no distributivo e inequitativo.

Este modelo, presentado y exportado como paradigma de desarrollo mundial, ha mantenido un patrón de acumulación por parte de los sectores dominantes, a costa de:

Los excedentes extraídos a sus trabajadores y los de los países atrasados, la explotación poco racional de los recursos naturales; a las sobre-ganancias monopólicas y tecnológicas; al creciente control de mercados internos de los países dominados por las transnacionales *...+, el libre mercado internacional utilizado para ampliar sus mercados saturados; y al papel que juegan en la nueva fases de acumulación originaria del capital en los países ex socialistas del este europeo, en china y otros países de Asia (Pradilla, 2010a: 509).

El proyecto de la ciudadanía, su consolidación, debe ser entendido en función de las condiciones reales para su ejercicio, pues ha sido parte de complejos procesos históricos de reivindicaciones y luchas sociales. Pero ¿cómo se define la ciudadanía? Para Jordi Borja³, la ciudadanía es un estatus, es decir, un reconocimiento social y jurídico por el cual una persona tiene derechos y deberes por su pertenencia a una comunidad, en general, de base territorial y cultural. “Los ciudadanos son iguales entre ellos. La ciudadanía se origina en las ciudades, no es solamente “urbs”, es decir, concentración física de personas y edificios. Es “cívitas”, lugar del civismo, o participación en los quehaceres públicos. Es “polis”, lugar de política, de ejercicio de poder”.

“No hay ciudadanía si no hay Estado y no hay política si no hay ciudadanía; por lo tanto, la acción ciudadana debe enfocarse hacia el fortalecimiento del Estado y de la política” (Guendel, 2009: 39). Este es un proceso bidireccional de mutua influencia, donde las acciones colectivas deben contar con las condiciones sociales para su participación fundamentada en el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Ciudadanía, para Maritza Montero,

Se refiere a las personas con derechos y deberes en la sociedad en la cual viven y que son corresponsables de su funcionamiento, apoyo, conservación y desarrollo, todo lo cual supone sentido de pertenencia, identidad social, participación en la vida pública; responsabilidad, igualdad, compromiso o la capacidad de tenerlo, reflexión, y sobre todo, ante todo y por todo: Libertad (Montero, 2010:18).

Las definiciones de ciudadanía corresponden a una construcción histórica, a un enfoque que se ha conquistado gracias a las luchas de la sociedad civil. En este sentido, se han descrito los derechos humanos como parte de tres generaciones inspirados en los valores de

3 Conferencia pronunciada en el “Fórum Europa”. Barcelona, junio de 2001.

la Revolución Francesa de 1789: la libertad, igualdad, fraternidad. Así, los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos vinculados al principio de libertad. La segunda generación de derechos refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, que dan cuenta de la condición de igualdad de los seres humanos. La satisfacción de estos derechos dependerá de la generación de condiciones de vida y acceso a los bienes materiales y culturales para el ejercicio progresivo de la distribución equitativa de los bienes, y el desarrollo social y económico. Los derechos de tercera generación son los derechos de solidaridad, que incluyen el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente y al respeto al patrimonio común de la humanidad.

El conjunto de derechos, que son interdependientes, comprenden los valores humanos fundamentales que deben hacerse efectivos. Al ser humano “se le ve en su contexto social, como ser predominantemente social-comunitario, cuya única realización no está en la satisfacción de su interés individual sino en su interrelación y coincidencia con los intereses generales” (Arroyo, 2007: 62). A su vez,

Cualquiera sea el fundamento filosófico de la inherencia de los derechos humanos a las personas, el reconocimiento de la misma por el poder y su plasmación en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el internacional, han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la humanidad, como lo es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo (Nikken, 1994:6).

En este sentido, el Estado debe regular, aplicando la normativa y sus procedimientos, en pos de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de todas las personas. En caso de violación de tales derechos el Estado debe restituirlos a través de sus políticas públicas. La sociedad civil, tiene el rol de corresponsabilidad en cuanto a colaborar, a través de procesos de exigibilidad y vigilancia, para la reivindicación de los derechos cuando estos son vulnerados. No basta con el solo reconocimiento formal, pues la ciudadanía implica su ejercicio y por lo tanto estrategias de incidencia política para participar en los debates sobre los asuntos públicos y sobre la ciudad.

Lejos de este ideal de ciudadanía liberal, la realidad actual es contradictoria. Sabemos que el modelo de sociedad entra en tensión entre la fuerza económica de la iniciativa privada y la debilidad política de la iniciativa pública, lo cual ha generado un conjunto de crisis económicas, sociales, culturales y ambientales. Esto se expresa, principalmente, en la sumisión al mercado, el urbanismo de productos y la obsesión por la competitividad (Borja & Muxí, 2003). Muchos autores “han vinculado los análisis de la pobreza urbana, la desigualdad y la exclusión social como procesos que obstaculizan o impiden el ejercicio de los derechos de la ciudadanía” (Ramírez & Ziccardi, 2008: 39).

Según sea la condición de clase o estatus social, se da un ejercicio diferenciado de la ciudadanía en una comunidad política, en una ciudad. Este contexto, da cuenta de dos tipos de exclusión, a saber: a) la exclusión política que refiere a la carencia de derechos efectivos que permitan tomar parte en el ejercicio del poder político; y b) la exclusión social, “entendida como la ausencia de derechos efectivos para alcanzar un mínimo de bienestar económico y seguridad en cuanto al derecho a participar del patrimonio social” (Ramírez & Ziccardi, 2008: 40).

El patrón neoliberal de acumulación, que ha perpetuado condiciones desiguales en la vida de las personas, no ha generado las oportunidades para el ejercicio pleno de derechos. El rol del Estado como garante de los derechos humanos es contradictorio con las presiones del poder económico que establece mecanismos para la acumulación de capital. En consecuencia, vivimos una ciudadanía incompleta que se expresa en ciudades fragmentadas y procesos de exclusión socio-territorial. Veamos a continuación cómo se han venido configurando estos procesos de urbanización en nuestra región y su relación con la mundialización del capital.

PROCESOS URBANOS DE FRAGMENTACIÓN Y EXCLUSIÓN SOCIO-TERRITORIAL

Es un hecho que estamos ante el problema general de la transformación de las ciudades en el marco de la globalización, la revolución científico-técnica y de las comunicaciones. En el marco de la sociedad capitalista, estos fenómenos han generado nuevas características en la gestión de las ciudades e impactos sobre su estructura espacial y social, y de relación dinámica (sinérgica) entre

lo local y lo global (Borja & Castells, 1997, Sassen, 2007, Carrión, 2010, De Mattos, 2010). En efecto, el nuevo modelo técnico-económico se caracteriza por su dinamismo de la producción y por la exclusión social y territorial (Borja & Castells, 1997).

La característica de la mundialización ha sido la ampliación del mundo de las mercancías, pero hoy día esta característica se acentúa, penetrando los ámbitos de la vida social como procesos de mercantilización y cosificación de la vida cotidiana, con un contacto entre clases sociales cada vez menor. La globalización se manifiesta, en parte como hecho, en la mercantilización del capital, en donde la ciudad es el escenario del proceso de producción de lo urbano.

El neoliberalismo ha logrado construir una ideología global (...) Lo bueno y lo malo son resultado ahora de la globalización, como fantasmal categoría o metáfora espacial, y no del capitalismo o del patrón de acumulación del capital, que implica una relación social entre clases sociales, ganadoras o perdedoras. Así se cumple a cabalidad el papel ocultador de la ideología (Pardilla, 2010b: 15).

Daniel Kozak (2011) nos muestra la relación existente entre el concepto de fragmentación y el neoliberalismo global, pues la dialéctica fragmentación-integración está intrínsecamente ligada al discurso de la globalización. La idea es que cuanto más integrado está el mundo globalizado, más fragmentado se vuelve el mundo no globalizado. Esta visión, de abrirse al mundo para contar con inversión a través de la planificación estratégica, favorece la creación de regulaciones ad-hoc para determinadas áreas de la ciudad. Sin duda, la ciudad se ha transformado profundamente por los cambios que han generado en su economía los procesos de globalización y la aplicación de políticas neoliberales. La pobreza urbana, la desigualdad y la exclusión social constituyen procesos claramente observables en la mayoría de las ciudades latinoamericanas del siglo XXI (Ramírez & Ziccardi, 2008).

En América Latina, desde los años cuarenta del siglo XX, se fue dando el proceso de industrialización de las ciudades. Luego, se produce la crisis del socialismo real, con lo cual se inicia el proceso de consolidación del patrón neoliberal de acumulación del capital (Pradilla, 2010b), generalizándose su aplicación a partir del consenso de Washington. Este modelo se constituye en la imposición de la nueva ortodoxia en América Latina, en la nueva versión de la vieja

doctrina económica del siglo XVIII, que se asume como una verdad única, otro meta-relato, otro destino manifiesto, el neoliberalismo (Pradilla, 2010b). Es el ápice del proceso de internacionalización del mundo capitalista, que se fundamenta y rige por una ideología que busca a toda costa su reproducción y que se nos presenta como la única verdad posible (Santos, 2000).

Cabe señalar que el sistema neoliberal presenta dos premisas básicas: la reducción del Estado y la liberación de los mercados. Se desarrolla como sistema urbano en constante expansión que varía las formas de hacer la ciudad, siendo el factor económico de acumulación y apropiación el factor fundamental de tal cambio. Según Harvey el neoliberalismo se define como una teoría de prácticas político-económicas que proponen que el mejor modo de alcanzar el bienestar humano es a través de la liberación de las aptitudes y libertades empresariales, en donde el rol del Estado es crear y preservar un marco institucional apropiado para tales prácticas (Kozak, 2011).

En este sentido, el patrón neoliberal de acumulación de capital ha generado consecuencias nefastas en las sociedades de América Latina (Pradilla, 2010, Carrión, 2010, Ramírez, 2008, Ramírez & Ziccardi, 2008, Duhau, 2005, Viera, 2012). Las políticas aplicadas en la región han dado lugar al “incremento del desempleo y la caída de los ingresos y salarios reales, cuyo efecto ha sido la contracción estructural del mercado interno, la pobreza y la indigencia no se han reducido significativamente; y las condiciones de vida de la mayoría de la población se ha deteriorado” (Pradilla, 2009: 256).

Esto es un hecho. Según estadísticas de la CEPAL⁴ sobre las condiciones sociales de los Países latinoamericanos, se constata que, desde 1982, el promedio de las tasas de crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) de la región ha sido muy inferior que el período del intervencionismo estatal (1954- 1980). Incluso la recesión causada en Estados Unidos a partir del 2008 pone en duda la validez del modelo, ya que “aumenta el desempleo, crecen el trabajo precario y la informalidad como formas de subsistencia, y se mantiene o aumenta el empobrecimiento de la población” (Pradilla, 2010a: 512). Esta situación crítica trae consigo un aumento de la conflictividad y la violencia social como la delincuencia y el crimen organizado.

4 Según CEPAL: 2001, 2004, 2005, 2007, y Pradilla 1993. Tomado de “Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe, de 2007”.

Según Fernando Carrión estamos asistiendo a un proceso de urbanización de la pobreza, de incremento de la exclusión social y de la precarización del empleo, expresado en la informalidad y el agravamiento de las plazas de desempleo (Carrión, 2010).

Todas las estadísticas muestran una presencia masiva del trabajo precario, irregular o ilegal, informal, y un aumento de la pobreza en los países de la región, y en particular en las grandes ciudades donde se ubica ahora la mayoría de la población y, por tanto, de la informalidad y la pobreza (Pradilla, 2010b: 14).

Como proceso histórico, las manifestaciones del modelo capitalista fueron dando paso a una serie de transformaciones en la matriz productiva y por ende en la conformación de las ciudades en América Latina, cuya característica central es la fragmentación y exclusión socio-territorial. Se observan un conjunto de factores que dan cuenta de estos procesos de cambio y profundización del modelo.

En primer lugar, producto de las dinámicas incipientes de industrialización en la región, los procesos de urbanización estuvieron motivados por la masiva salida de la población del campo, bajo el escenario de la vía terrateniente de la gran propiedad. Esto generó un desplazamiento de la población campesina por razones de violencia física directa e indirecta. Indirectas por la precarización de las condiciones de existencia, falta de trabajo, ausencia de servicios, entre otras. A su vez, se requirió de la fuerza de trabajo del campo que emigró a la ciudad, con situaciones precarias de vida dado el bajo salario que recibían. Luego, en los años cuarenta, se introduce tecnología para la producción agrícola en la región, lo que expulsa más mano de obra campesina, generándose un desplazamiento forzado como efecto de dominación del poder económico.

En segundo lugar, se van dando procesos de desindustrialización⁵, que no se constituye como una fase necesaria para el desarrollo, sino que es el resultado de la caída de la producción de las empresas, su valor agregado y formación del capital fijo de acumulación. En efecto,

5 Pradilla indica que por desindustrialización se refiere, como proceso, a un ámbito territorial específico (un país, una región, una metrópoli o una ciudad) en donde se disminuye su base industrial durante un período mediano o largo de tiempo. Esto implica el cierre definitivo de establecimientos industriales, disminución del número total de trabajadores industriales, la reducción absoluta del capital fijo y/o del ritmo de su formación, y la disminución del volumen de la producción industrial (Pradilla 2010a: 530).

La desindustrialización de las ciudades ha debilitado su papel económico como destino de inversiones industriales, dando paso a otro tipo de actividades, principalmente del sector inmobiliario (secundario) y del terciario, más rentables pero menos productivas, generando *...+ menor dinamismo de sus economías (Márquez & Pradilla, 2008: 34).

Esto tiene impacto en el territorio, pues la ciudad nuevamente se fragmenta, ya que disminuye el peso de la industria en un determinado territorio, dándose un desplazamiento hacia las periferias o incluso la salida de las industrias de las metrópolis.

En tercer lugar, este proceso generó una pérdida en el dinamismo económico, déficit en la balanza comercial y pérdida de empleo, ya que los trabajadores no tenían la capacidad de seguir los desplazamientos del capital. Se desestructura, por tanto, el mercado laboral y se da un crecimiento del sector informal y un proceso de tercerización informalizada.

En cuarto lugar, se generan las condiciones para el libre ingreso de capitales financieros comerciales, liberándose el flujo de mercancías y aumentando la tercerización, dada la desindustrialización de las grandes ciudades. En consecuencia, emergen nuevas formas de hacer ciudad centradas en la desregulación y reducción del Estado, el cual se convierte en banca hipotecaria que financia a los compradores de vivienda y a los grandes capitales inmobiliarios que producen vivienda barata para los sectores populares. Se produce, por lo tanto, una asociación entre el capital inmobiliario y el financiero que entran a participar del mercado como el principal actor que domina a la ciudad y que propicia la fragmentación y la exclusión socio-territorial. Entre sus estrategias se observa la venta del suelo con vivienda construida, la entrada a la ciudad para recomponer suelo mediante la reconstrucción de viviendas en malas condiciones y la construcción en altura que permite reducir el impacto del costo del suelo.

Aparecen, en consecuencia, nuevas formas urbano-arquitectónicas, cuyos componentes, que se han multiplicado desde la implantación del patrón neoliberal de acumulación de capital, son: los grandes desarrollos inmobiliarios mixtos, los centros comerciales socialmente diferenciados, y las unidades Habitacionales cerradas (Pradilla, 2010a). Asimismo, y como parte de los procesos de reestructuración de las ciudades y del dominio de la actividad

mercantil en las centralidades y sub-centralidades, proliferan los corredores urbanos terciarios⁶.

En quinto lugar, las dinámicas del ejercicio del poder local constituyen un factor central para entender los procesos de transformación social y urbana. El discurso de los gobiernos locales apela, actualmente, al concepto de gobernanza⁷, como un nuevo modelo de la gestión pública. Entendemos que este concepto remite al proceso complejo de toma de decisión y el proceso de su implementación, para lo cual se requiere un análisis de los actores e intereses, tanto formales como informales, que participan en la toma de decisiones sobre la ciudad. Las decisiones, que tienen un contenido político fundamental, por lo general, se hacen sin tener un conocimiento profundo del territorio, de sus dinámicas económicas y sociales y los posibles impactos en la vida cotidiana de las personas. Es más bien una concertación de intereses entre la clase política y el empresariado que deciden la ciudad bajo la lógica del mercado, lo que implica una fuerte inversión pública para el beneficio privado. En definitiva, es en las políticas urbanas donde se gestiona la ciudad en el neoliberalismo, las cuales favorecen a ciertos grupos y tiene efectos excluyentes sobre otros grupos sociales.

En sexto lugar, el problema de la fragmentación y la exclusión socio-territorial también se evidencian en la falta de planeación de la ciudad y en la ausencia de proyectos de ciudad que sean integrales e integrados. Lo que se ve actualmente es una sumatoria de proyectos urbanos que no están articulados como parte de un proyecto de ciudad y que responden, nuevamente, a los intereses del capital inmobiliario-financiero. En este sentido, la previsión de futuro, no tiene cabida en el neoliberalismo, esto es reemplazado por la

6 Según Pradilla los componentes fundamentales de los corredores terciarios son los centros y plazas comerciales y los agrupamientos longitudinales de pequeños y medianos comercios, las oficinas bancarias, y de otras actividades financieras, los servicios privados o públicos orientados hacia las actividades económicas y hacia los usuarios domésticos individuales, servicios de reparación, hoteles, restaurantes y lugares de entretenimiento mercantil, ocasionalmente actividades culturales comerciales, y oficinas de gestión de las diversas empresas e instituciones públicas y privadas. (Pradilla, 2010a: 521-522).

7 Gobernanza, en términos amplios, refiere al proceso que proporciona dirección a la economía y a la sociedad. Según Peters (2007) es una meta que direcciona la actividad, y que requiere de instrumentos para identificar lo que la sociedad desea, y luego examinar los medios para alcanzar las metas colectivas, más que metas de actores individuales o de grupos específicos de interés.

pragmática de la liberación de grandes proyectos y por la necesidad de construir una imagen competitiva de las ciudades. El fortalecimiento de la producción no es prioridad para la ciudad. Las dinámicas e interacciones entre el territorio y la sociedad,

Se dan en el marco de lo que también son nuestras ciudades: vulnerables, excluyentes, segregadoras e intolerantes. Por tanto, nuestra atención, más que centrarse en vínculos que procuran la igualdad, está en el entramado, (re)productor y profundizador, que hace posible lo contrario, es decir las relaciones de desigualdad (Erazo, 2012: 9).

La modernización capitalista neoliberal de las metrópolis, por lo tanto,

Ha tenido como fuerzas motoras o como efectos-resultados, a procesos sociales como la privatización de lo público, la fragmentación socio-territorial por la exclusión de actividades como la producción o la vivienda de la población de bajos ingresos, y la hegemonía del automóvil privado por sobre el transporte público (Pradilla, 2010a: 525).

En síntesis, los procesos urbanos en América Latina, al alero de la implantación del patrón neoliberal de acumulación de capital, ha propiciado la (des)estructuración de la ciudad que se vivencia como fragmentada y excluyente. Esto se observa también en la reducción de los espacios públicos, en su privatización, pero a la vez, en la necesidad de retomar la discusión de lo público como ámbito de lo político, de la ciudadanía y del derecho a la ciudad.

PRIVATIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y EL DERECHO A LA CIUDAD

Para Salcedo (2007) los procesos de cambio en la conformación del gobierno de la ciudad remiten a conflictos permanentes entre fuerzas sociales y políticas, que producen disputas de sentidos en la (re)producción y transformación del espacio urbano. Éste pasa, por ende, a conceptualizarse como una disputa constante en el ámbito del ejercicio político.

En el contexto del nuevo orden económico y de profundas transformaciones en la vida social, el proceso de construcción de lo público como espacio político y como espacio de lugares muestra tendencias contrapuestas (Ramírez, 2008). Estas tienen que ver tanto

con los procesos de fragmentación y de exclusión socio-territorial, como con la tendencia opuesta, que es la revalorización de las formas de relación en tales espacios y que buscan nuevas formas de participación, de vínculos sociales de pertenencia, de apropiación y reivindicación de las luchas sociales y populares.

Existe una revalorización de lo público urbano, en tanto se amplía la discusión sobre la condición actual de la ciudad y de la ciudadanía a la luz de los procesos urbanos que se producen en los lugares que habita y usa la gente (Ramírez, 2008). El debate en torno al espacio público, a lo público, es diverso, a veces difuso o muy tecnificado. Las explicaciones y descripciones enfatizan ciertos aspectos por sobre otros. Así, lo público surge con múltiples significados, lo que impone problemas en el uso del concepto para describir e interpretar la realidad urbana actual.

Consideramos que el espacio público, su multiplicidad de formas y sentidos, configura un lugar material y simbólico en el que se constatan diversos efectos del sistema neoliberal, de la concepción de la ciudad que “ha venido funcionando como una especie de ideología, cuando no de mercancía, a razón de la cual se presenta como correcto y necesario un proyecto de ciudad”. (Urzúa, 2012: 159). De hecho,

El espacio público nunca ha sido un lugar armónico y completamente accesible... Las dinámicas inestables y los procesos de exclusión se fundan en una lógica de control y disputa entre la estructura normativa de la sociedad hegemónica y las prácticas de acción de sujetos y colectivos con diferentes tipos de lazos con esa sociedad (Berroeta & Vidal, 2012: 12).

Los elementos de definición del espacio público lo constituyen la propiedad y el régimen de uso. Así, el espacio público es aquel que es, a través del Estado, propiedad de la ciudadanía, de la población general, de los habitantes de una nación. Para que se constituya un espacio público como tal, debe ser apropiado por usos públicos, por lo tanto, implica el hecho de apropiación como derecho efectivo.

Hay un modelo de los grupos hegemónicos que despliegan un conjunto de estrategias que vehiculan la relación entre Estado, mercado y territorio, de modo que sirve para excluir del espacio público aquello que sea ajeno y problemático para los intereses de clase. En efecto, la implementación del modelo neoliberal, sus estrategias y formas de gestión, han dado un embate privatizador

que hace que la ciudad se rija más por el peso del mercado que por efectos de las políticas públicas (Carrión, 2010). De hecho, las “nuevas formas adoptadas por la división social del espacio *...+, configurarían un nuevo escenario urbano marcado, simultáneamente, por la privatización de la vida cotidiana para los que puedan pagarla” (Duhau, 2005: 53).

Por la privatización de lo público, en particular de la infraestructura, los servicios y los ámbitos públicos, y por la desregulación urbana, el Estado y en particular los gobiernos locales perdieron, desigualmente, sus reducidos instrumentos de intervención sobre el territorio (Pradilla, 2010b). Hay, por lo tanto, una relación de dependencia entre el Estado y el mercado, pues, a partir de las políticas sociales se subsidian las desigualdades sociales y se prioriza el sentido mercantilizador de las relaciones sociales y espaciales.

En esta misma línea argumentativa, Fernando Carrión refiere que el espacio público, de ser estructurante de la ciudad “ha pasado a ser un espacio estructurado, residual o marginal, o incluso a desaparecer por la pérdida de sus roles o por la sustitución por otros espacios más funcionales al urbanismo actual (el centro comercial o el club social)” (Carrión, 2010: 185). Con la consolidación de la lógica del modelo neoliberal,

Las ciudades primero sirven de medio para la circulación de mercancías, y luego ella misma, toda, completa, se convierte en un producto mercantilizado, en algo que puede comprarse y venderse, usarse y consumirse, y sobre todo, en algo que ya solamente vale por el dinero que genera (Urzúa, 2012: 160).

Otro problema que se ha dado en los centros históricos, como efecto excluyente de la implementación de políticas de renovación urbana fundamentadas en el discurso del patrimonio cultural, es el fenómeno de la gentrificación. Éste consiste en el hecho de “quitar y mover gentes económicamente prescindibles de sus barrios, para meter y acomodar gentes económicamente imprescindibles en los mismos, tratando a las primeras como cosas y las segundas como ciudadanos en forma” (Urzúa, 2012: 165). En este sentido, la exclusión no se cumple tanto por coacción (aunque sí existe), sino por oferta.

Según Urzúa (2012), esta oferta es para satisfacer la mayor cantidad de necesidades, sobre todo las de libertad, de consumo y de seguridad. Si las personas no tienen las posibilidades económicas para obtenerlo, pasan a ser intrusos entre los que sí pueden acceder.

Además, se da otro sentido del concepto que es el recambio de la población por negocios de prestigio, y por otro, de tugurización, a partir de la estrategia popular del pago entre muchos de los costos que la localización central demanda, o sea mediante el hacinamiento, tugurización y la densificación (Carrión, 2010).

Tanto gentrificación como la tugurización están en directa relación con la política económica que opera sobre el espacio público urbano. Se sobreponen las lógicas de desarrollo económico a las de desarrollo cultural y de inclusión social en los centros históricos de América Latina.

Para Beatriz Cuenya (2011), los proyectos de renovación urbana a gran escala, han presentado importantes modificaciones en la estructura y funcionamiento de las centralidades, a saber: cambios en la rentabilidad de los usos del suelo, en la función y estructura físico-espacial, y en los mecanismos de gestión pública. Estos cambios permiten observar acciones de relocalización espacial del capital, en tanto estrategia de reestructuración neoliberal de la economía (Rodríguez, 2012), donde los centros históricos son lugares propicios para su implementación y promoción.

Pedro Abramo (2012), inscribe el debate de los grandes proyectos urbanos en dos líneas: la primera, refiere a la formas de reproducción de estructuras segregadas y desiguales de las ciudades y al carácter excluyente de usos y materialidades urbanas. La segunda, busca revertir esta condición histórica y política de producción del espacio en América Latina. Este tipo de proyectos de relocalización del capital, nos llevan nuevamente la debate en torno al sentido, social, ético y político de este tipo de intervenciones urbanas que generan contradicciones con los postulados explícitos de los derechos humanos.

Es en los espacios públicos que “se expresan distintas condiciones de ciudadanía, las formas de inequidad en que se ejerce y los desafíos que enfrenta su construcción como práctica social, como vínculo de pertenencia y como conjunto de derechos y responsabilidades” (Ramírez, 2008: 2).

Si bien lo público y lo privado son dimensiones fundamentales del orden social y urbano que coexisten, se observa que hay un proceso de privatización de los espacios públicos. La clase media, por ejemplo, genera reivindicaciones asociadas a la condominización de la ciudad (Duhau, 2005), cuya exclusividad son los espacios residenciales cerrados y supuestamente seguros. Esto se ve con mayor presencia

en los sectores de altos ingresos económicos, con barrios de auto-segregación, que son grandes urbanizaciones cerradas y autárquicas con escuelas, supermercados y servicios públicos (Carrión, 2010).

La ciudad expresa como ningún otro lugar una fragmentación identitaria, redefiniéndose el sentido de lo público urbano y su contenido. No sólo como espacio de relación, encuentro y comunicación, sino también como espacio de confrontación y de lucha por la reivindicación de derechos (Ramírez, 2008). Para Fernando Carrión la ciudad es “lugar de civismo y espacio de la polis. Es un espacio de dominio público, uso social y colectivo, multifuncional, estructurador de la actividad privada y locus privilegiado de la inclusión” (Carrión, 2010: 199). En esta misma línea, se indica que

El sentido de lo público en la ciudad como espacio de relación y como el lugar referente de lo común y compartido, accesible a todos, que de una parte aparece de manera fragmentada y degradada mientras de otra resurge y se revalora como el espacio de construcción de ciudadanía (Ramírez & Ziccardi, 2008: 30).

En el espacio público como escenario de representación, la sociedad adquiere visibilidad (Borja, 2012). La ciudad, a su vez, se descubre como espacio de la política, ya que es donde se produce el encuentro de lo que es diverso, del conflicto y el contacto donde se construyen nuevas síntesis conflictivas-convivenciales. La participación de las partes, de los elementos, de los actores, es lo que permite incorporarse al juego de la política en un sentido de creación permanente y en una orientación que hace de la satisfacción de las necesidades una estrategia humana relacional (Alguacil, 2008). La participación, es el nexo que asocia lo público (diversidad de actores) y lo político (estrategia de puesta en común entre los actores), y ello tiene su expresión en el territorio, ya que la organización del mismo y las dinámicas de las relaciones que soporta son inherentemente políticas.

Ante los efectos perversos de la implementación del patrón de acumulación neoliberal en las ciudades latinoamericanas, se ha instalado en el debate público la cuestión del Derecho a la Ciudad. Si bien este término es acuñado por Henri Lefebvre, en los años sesentas, hoy día ha tenido usos pragmáticos que han perdido el sentido inicial de la propuesta. Lefebvre (1973) propone el derecho a la ciudad y a la vida urbana como el uso intensivo de una ciudad, pero desde la perspectiva de una vida renovada que tenga como centro a los usuarios y no el proceso de acumulación capitalista. Refiere a una transformación

socioespacial total de la sociedad urbana⁸, a una revolución urbana (Lefebvre, 1983), como respuesta crítica a la profundización de la sociedad capitalista y del urbanismo funcionalista.

Esta pretensión inicial implica actualmente una tensión entre una visión pragmática-jurídica como instrumento que exige al Estado y una visión utópica, que consiste en la construcción de otra sociedad con ciudades más justas equitativas e incluyentes. A La vez que se constituya en un instrumento de lucha para avanzar en cambios sociales, económicos y políticos más profundos (Delgadillo, 2012).

Viera (2012) analiza la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, que conceptualiza el derecho a la ciudad como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad y justicia social (Foro Social de las América, 2004). Remite, por tanto, a un derecho colectivo de una comunidad política que a través de este instrumento pueda ir consolidando las luchas urbanas, sobretodo de los sectores sociales más precarizados.

Para Harvey (2012), las transformaciones urbanas y el ejercicio efectivo del derecho a la ciudad dependerán del poder colectivo que impacten en los cambios en la urbanización, que propicien una revolución urbana. Se trata de un cambio en las relaciones sociales por medio de un cambio en la ciudad. Así,

La propuesta del Derecho a la Ciudad y los contenidos de la Carta apuntan a superar los perjuicios y funcionamientos del sistema capitalista neoliberal, hacia un mundo donde la vida y su reproducción sean posibles para todos y todas. No se combate la Ciudad como sistema de convivencia, sino a la urbanización capitalista del consumo y el deshecho. Un modelo de desarrollo que produce exclusión y marginación, que ensancha los niveles de desigualdad y atenta contra una vida digna para todos/as (Viera, 2012: 38)

En consecuencia, es necesaria la participación de movimientos sociales para la reivindicación del derecho a la ciudad para superar las contradicciones y conflictos que se evidencian en la sociedad capitalista. Los cambios, como afirma Milton Santos (2000), vendrán

8 Sociedad urbana es un término trabajado por Henri Lefebvre, en el libro *La Revolución Urbana* (1983) para referir a la sociedad que surge de la industrialización y que se propondrá el concepto para definir a la sociedad posindustrial que sucede a la sociedad industrial. Este concepto es más una hipótesis teórica que el autor asume como una tendencia.

desde abajo, desde la toma de conciencia sobre los efectos excluyentes del modelo hegemónico y de la consolidación de la solidaridad como eje y motor de las relaciones sociales.

A modo de síntesis

Este trabajo se planteó el problema general que relaciona el patrón de acumulación neoliberal y los procesos de urbanización en América Latina, en el marco del debate sobre la tensión exclusión-inclusión social que producen los proyectos de sociedad y ciudad. Partimos de la hipótesis general que el patrón neoliberal de acumulación del capital es el factor de mayor peso explicativo de los procesos de transformación urbana en América Latina, lo que ha generado fragmentación espacial y exclusión socio-territorial.

A través de la revisión de la literatura especializada en Estudios Urbanos logramos identificar las principales líneas argumentales que permiten sostener la hipótesis de trabajo, pero a la vez disponerla a su examinación y crítica. El análisis argumental, de carácter histórico, articuló las relaciones entre Estado, mercado, sociedad y territorio, en su dimensión social y espacial que produjo efectos nefastos para nuestras sociedades y ciudades.

Enfatizamos una idea teórica central y transversal a la producción de la ciudad: las condiciones materiales e históricas de existencia producen el espacio urbano en base a complejas relaciones sociales y políticas entre instituciones públicas, privadas y la sociedad civil. Las dinámicas de transformación social y urbana superponen disputas materiales y simbólicas constante entre diversas fuerzas sociales y políticas que producen y reproducen el espacio urbano. Estos cambios no son aislados, sino que están influenciados por procesos globales de mundialización del capital y políticas internacionales que inciden en las decisiones políticas de los Estados y los gobiernos de la ciudad.

América Latina fue incorporando el proyecto liberal de la modernidad y los discursos de los derechos ciudadanos. Progresivamente y bajo procesos de violencia política, se implementó el patrón neoliberal de acumulación del capital. Los procesos históricos de cambio en las matrices productivas, como la incipiente industrialización, el desplazamiento forzado del campesinado, la introducción de tecnologías, la desindustrialización, las alianzas público privadas en los gobiernos locales, el aumento de la pobreza y el desempleo, las nuevas formas urbano-arquitectónicas, la falta de

un proyecto integrado de ciudad, la privatización del espacio público; van expresando un fenómeno creciente de fragmentación y exclusión socio-territorial, donde no se cumple la idea de cobertura universal de los derechos ciudadanos.

Vivimos, más bien, una ciudadanía incompleta, de modo que las dinámicas privatizadora del espacio urbano socavan la concepción de la ciudad como ámbito de la ciudadanía (Borja, 2012). Ciudadanía incompleta y espacio público se conectan a través de la lógica de acumulación. Es decir, pierden su condición de lo público cuando se mercantiliza el espacio público urbano y cuando se contradice el discurso de la ciudadanía con las condiciones reales de reproducción de la vida colectiva.

El hecho es que, “el patrón de acumulación neoliberal no ha cumplido, al menos en América Latina y el Caribe, sus promesas de crecimiento económico sostenido y mejoramiento de la calidad de vida de la mayoría de la población” (Pradilla, 2010a: 515). Por el contrario, observamos una relación directa entre el modelo neoliberal de producción, como factor de mayor peso explicativo y la (des)configuración de un proceso espacial de fragmentación y un proceso político-social de exclusión socio-territorial. Estas relaciones están mediatizadas por el peso del mercado y el capital inmobiliario-financiero que ejercen el poder hegemónico sobre la construcción de la comunidad política.

Todos estos complejos procesos de configuración dinámica de la vida urbana, es decir, de la transformación de las estructuras económicas, sociales y políticas, provocan un cierre al ser colectivo. Predomina el individuo por sobre la colectividad, la acumulación por sobre la redistribución, la exclusión por sobre la inclusión, la fragmentación por sobre la integración de las ciudades, en donde la relación Estado-territorio es funcional a las lógicas del mercado.

No obstante lo anterior, consideramos que la construcción de un Estado de derecho es una condición fundamental para la planeación democrática y para el afrontamiento de la exclusión socio-territorial. Debe tener un carácter de compensación, dado que es necesario dar más a los grupos sociales que están en peores condiciones y así permitir el acceso y reproducción de la vida digna.

Este proceso no será posible sin la acción colectiva y la articulación de los movimientos sociales como principal fuente del ejercicio del poder popular y de consolidación de sociedades más justas, en base

al Derecho a la Ciudad. Existe, por lo tanto, la necesidad de que la ciudad vuelva a ser un espacio público, un lugar de y para todos. *...+ un conjunto de puntos de encuentros, un sistema de lugares significativos, donde la sociedad pueda representarse y visibilizarse (Carrión, 2010: 204).

Quizás lo más característico de la sociedad actual es que la desvalorización del mundo humano crece en relación directa de la valorización del mundo de las cosas, como nos dice Marx. Cambiar esta realidad es el horizonte posible y necesario para reformular el sentido ético-político de las ciudades, cuyo sustento valórico debiese avanzar hacia la solidaridad y la justicia social. Esto implica hacer predominar el valor de uso de la ciudad por sobre su valor de cambio, lo cual reconfiguraría la dialéctica entre las relaciones sociales y espaciales. Para Lefebvre (1976), las nuevas relaciones sociales apelan por un nuevo espacio y viceversa, ya que para cambiar la vida hay que cambiar el espacio.

REFERENCIAS

Abramo, P. (2012). "Los impactos de las Grandes Intervenciones Urbanas en las ciudades latinoamericanas". En *Documento de trabajo "Ciudades de la Gente. III Reunión y III Congreso del Grupo de Trabajo Hábitat Popular e Inclusión Social"*, desarrollado en Río de Janeiro, del 15 al 17 de octubre de 2012.

Alguacil, J. (2008), "Espacio público y espacio político. La ciudad como el lugar para las estrategias de participación", en *Revista Polis*. Vol.7. N° 20. Santiago: Universidad Bolivariana. Artículo en líneas disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30502011>, 12 de marzo de 2012.

Arroyo, R. (2007), *Conceptos básicos de derechos humanos y aportes feministas*. Lectura de apoyo Género y Derechos Humanos, FLACSO, Ecuador.

Berroeta, H. & Vidal, T. (2012), "La noción de espacio público y la configuración de la ciudad: fundamentos para los relatos de pérdida, civilidad y disputa". En *Polis* N° 31. Artículo en líneas disponible en <http://polis.revues.org/3612>, 10 de septiembre de 2012.

Borja, J. y Castells, M. (1997), *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Taurus.

Borja, J. (2001), “*La ciudad y la ciudadanía*”. Conferencia pronunciada en el “Fórum Europa”. Barcelona, junio de 2001. Artículo en líneas disponible en <http://www.oei.es/cultura/LaciudadJBorja2.htm>, 15 de marzo de 2011.

Borja, J. (2012). *Revolución urbana y derecho a la ciudad*. Quito: OLACCHI.

Borja, J. y Muxí, Z. (2003), *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa.

Carrión, F. (2010), “Espacio público: punto de partida para la alteridad”, en Fernando Carrión Mena (coord.). *Ciudad, memoria y proyecto*. Quito: OLACCHI, FLACSO, 181-204.

Certeau, M. (2007). *La invención de lo cotidiano. Volumen I*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Universidad Iberoamericana.

Cravino, M. (2009). “Territorialidades en las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Estado, mercado y relaciones en la espacialidad barrial”. *El retorno de lo político a la cuestión urbana*, Catenazzi et al. Buenos Aires: Prometeo, UNGS, Los Polvorines.

Cuenya, B. (2011). “Grandes proyectos y sus impactos en la centralidad urbana”. En *Cadernos Metrópole* Vol. 13, N° 25:185-212. Artículo en líneas disponible en <http://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/5987> 05 de marzo de 2013.

De Mattos, C. (2010), “Reestructuración económica, nuevas estrategias empresariales y mutaciones territoriales en América Latina”, en Carlos De Mattos (coord.). *Globalización y metamorfosis urbana en América Latina*, Quito: OLACCHI-MDMQ, 167-200.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. Artículo en líneas disponible en <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>. 03 de marzo de 2012.

Delgadillo, V. (2012). El derecho a la ciudad en la ciudad de México. ¿Una retórica progresista para una gestión urbana neoliberal? En *Revista Andamios*, Vol. 9, N°18, 117-139.

Duhau, E. (2005), “Organización del espacio urbano, segregación y espacio público”, en *Ciudades*, núm. 66, abril-junio. México: Red Nacional de Investigación Urbana.

Erazo, J. (2012), "Nuestras pobres ciudades", en Jaime Erazo Espinosa (coord.). *Política de empleo y vivienda en Sudamérica*. FLACSO, Ecuador: CrearImagen Editores, 7-21.

Escobar, A. (2002), "Globalización, Desarrollo y Modernidad". En *Corporación Región*, ed. Medellín, Colombia: Planeación, Participación y Desarrollo, 9-32.

Foro Social de las Américas, Carta Mundial de Derecho a la Ciudad, Quito, 2004; Foro Mundial Urbano, Barcelona, 2004. Artículo en línea disponible en http://www.lapetus.uchile.cl/lapetus/archivos/1239291239Carta_mundial_derecho_ciudad.pdf. 25 de octubre de 2013.

Guendel, L. (2009), "De la retórica a la acción social y de la norma a la institucionalidad: repensando la vigilancia y la exigibilidad ciudadanas", En Ministerio de Inclusión Económica y Social (coord.). *Políticas sociales e institucionalidad pública*. Ecuador: MIES-INFA y UASB Editores, 12-25.

Harvey, D. (2012). *Ciudades rebeldes, del derecho a la ciudad a la revolución urbana*. Madrid: Ediciones Askal.

Hiernaux, D. (2004). "Henri Lefebvre: del espacio absoluto al espacio diferencial". En *Veredas, revista de pensamiento sociológico*, N° 8, 11-25.

Kozak, D. (2011), "Fragmentación urbana y neoliberalismo global", en Emilio Pradilla Cobos (coord.).

Ciudades compactas, dispersas, fragmentadas. México: Maporrua, D.F.

Lamy, B. (2006). Sociología urbana o sociología de lo urbano. En *Revista Estudios Demográficos y Urbanos*. Vol. 21, N°11, 211-225.

Lefebvre, H. (1973). *EL derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones Península.

Lefebvre, H. (1976). *Espacio y política, el derecho a la ciudad II*. Barcelona: Ediciones Península. Lefebvre, H. (1983). *La revolución urbana*. Madrid: Alianza Editorial.

Lefebvre, H. (2007), "The production of space". Oxford: Blackwell Publishers.

Lefebvre, H. (s/f). *La producción del espacio*. Artículo en línea disponible en <http://es.scribd.com/doc/28577799/Henri-Lefevre-La-produccion-del-espacio> 12 de marzo de 2013.

Márquez, I. & Pradilla, E. (2008), “Desindustrialización, terciarización, y estructura metropolitana: un debate conceptual necesario”. En *Cuadernos del CENDES*, N° 69, septiembre-diciembre. Venezuela: Centros de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela.

Marx, K. (1952). *El capital: crítica de la economía política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Marx, K. (2005). *La ideología alemana (I) y otros escritos filosóficos*. Madrid: Losada.

Montero, M. (2010), “Cinco tesis psicopolíticas para la construcción de ciudadanía”. En *Revista ALTERIDAD*, N° 8. Ecuador: Editorial ABYA-YALA Universidad Politécnica Salesiana, 9-21.

Moreira, Carlos (2012). *Política y Políticas en América Latina*. Buenos Aires: editorial Biblios.

Nikken, P. (1994), “Estudios básicos de derechos humanos”. IIDH, San José. Artículo en líneas disponible en, http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/a_1.2.html. 02 de marzo de 2012.

Peña, L. (2011). *Algunos elementos para pensar espacialmente en ciencias sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Peters, Guy (2007). “Globalización, gobernanza y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 39, 103-115.

Pradilla, E. (2009), “Presente y futuro de las metrópolis de América Latina”, en Xochimilco y Miguel Ángel Porrúa (coord.) *Los territorios del neoliberalismo en América Latina*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Pradilla, E. (2010a), “Mundialización neoliberal, cambios urbanos y políticas estatales en América Latina”, en *Cadernos Métopole*, núm. 24, 2º semestre 2010. Brasil: Observatorio das Metrôpoles, São Paulo.

Pradilla, E. (2010b), “Teorías y políticas urbanas: ¿Libre mercado mundial o construcción regional?”, en *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, vol. 12, núm. 2, novembro, São Paulo, Brasil.

Ramírez Kuri, P. (2008), “La fragilidad del espacio público en la ciudad segregada”, en Rolando Cordera, Patricia Ramírez Kuri y Alicia Ziccardi, (coord.). *Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI*. México: IIS-UNAM y Siglo XXI.

Ramírez Kuri, P. & Ziccardi, A. (2008), "Pobreza urbana, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI, una introducción", en Rolando Cordera, Patricia Ramírez Kuri y Alicia Ziccardi (coord.). *Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI*. México: IIS-UNAM y Siglo XXI.

Rodríguez, A. (2012). "Prólogo. Los grandes proyectos urbanos. "Mira lo que quedó". En *Grandes Proyectos Urbanos. Miradas críticas sobre la experiencia argentina y brasileña*, Beatriz Cuenya, Pedro Novais y Carlos Vainer (comps.): vii-ix. Buenos Aires: Café de las ciudades.

Salcedo, R. (2007). "La lucha por el espacio urbano". En Olga Segovia (comp.) *Espacios públicos y construcción social. Hacia un ejercicio de ciudadanía*. Santiago de Chile: Ediciones SUR.

Sandoval, J. (2008), *Ciudadanía, hegemonía y subjetividad: el caso de los discursos institucionales en Chile*. Tesis Doctoral, Presentada ante el Departamento de Psicología Social de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

Santos, M. (2000), *Por uma outra globalização do pensamento único a consciência universal*. Río de Janeiro: Editora Record, Cuestiones territorial identitarias. Narrativas territoriales.

Sassen, S. (2007), "El reposicionamiento de las ciudades y regiones urbanas en la economía global; ampliando las opciones de políticas y gobernanza", en Revista *EURE* No 100, Santiago, 9-34.

Urzúa, V. (2012), El espacio público y el derecho de excluir. En *Athenea Digital* 12(1), 159-168. Ensayos. 2. Artículo en línea disponible en <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/index>. 01 de marzo de 2012.

Viera, E. (2012). Derecho a la ciudad – Herramienta de inclusión social en Latinoamérica. En *Revista Electrónica de Psicología Política*. Año 9, Número 28, 27-47. Artículo en línea disponible en <http://www.psicopol.unsl.edu.ar/Agosto2012-Art%EDculo3.pdf> 15 de octubre de 2013.

Nota: Artículo publicado originalmente en la Revista Electrónica de Psicología, año 11, número 31, diciembre de 2013. Autorización concedida.

DE LA DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL A LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL INTERNACIONAL

Susana Borràs

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales e Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España).

La degradación ambiental plantea cada vez más desafíos globales para la sociedad internacional, pero la forma de enfrentarlos constituye la mayor diferencia entre los diferentes Estados. Si bien se suele afirmar que los Estados tienen responsabilidades comunes ante la protección del medio ambiente y en la promoción del desarrollo sostenible, es muy importante considerar, como un elemento clave, la diferente contribución al deterioro ambiental. Las diferencias económicas, sociales y ambientales determinan una mayor o mejor responsabilidad en la degradación ambiental y, por ende, un mayor o menor nivel de compromiso en enfrentar el problema originado. Asimismo, la diferencia también se manifiesta en el grado de vulnerabilidad económica y social de estos Estados en desarrollo. Esta vulnerabilidad determina a su vez la fragilidad ambiental y justifica la concesión de un trato favorable para asistir y cooperar con estos Estados en la superación de los obstáculos que impiden el logro de los objetivos ambientales asumidos internacionalmente. El reconocimiento de la desigualdad constituye un prerrequisito y una de las garantías de realización de la justicia ambiental, al intentar conferir un trato justo a situaciones diferentes ambiental, social y económicamente.

Los cambios irreversibles en el medio ambiente y en la relación de fuerzas internacionales existentes hacen que sea necesaria una participación activa, plena y en pie de igualdad de los países en desarrollo en la formulación y ejecución de todas las decisiones que interesan a la comunidad internacional, especialmente aquellas derivadas de las distintas repercusiones sociales y económicas del deterioro ambiental.

Así, la misma realidad internacional pone de manifiesto no solo la interdependencia existente entre los miembros de la sociedad internacional, sino también que también los intereses de los países desarrollados y los intereses de los países en desarrollo ya no pueden quedar aislados los unos de los otros: existe una estrecha interrelación entre la prosperidad de los países desarrollados y el crecimiento y el desarrollo de los países en desarrollo y la prosperidad de la comunidad internacional en conjunto depende de la prosperidad de las partes que la constituyen. Es decir, el bienestar político, económico y social de las generaciones presentes y futuras depende más que nunca de la cooperación entre todos los miembros de la comunidad internacional sobre la base de la igualdad soberana y la eliminación del desequilibrio que existe entre ellos¹.

Consecuentemente, el presente trabajo tiene por objetivo el análisis de aquellas circunstancias relativas al desarrollo económico y social, que determinan y condicionan la capacidad de los países en la participación y el cumplimiento de los objetivos ambientales globales y de hacer frente a los retos económicos y sociales, que genera la degradación ambiental, reconociendo a su vez la diferencia y la discriminación ambiental, como base del respeto del principio de igualdad y de la justicia ambiental.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL

La discriminación ambiental encuentra su fundamentación teórica en los diferentes principios y valores presentes en la sociedad internacional. Por una parte, su contenido se relaciona con el objetivo de la justicia ambiental y, por otra, se inspira en los principios de desarrollo sostenible, de igualdad y el principio de cooperación y los valores de solidaridad, dignidad y universalidad en relación con el concepto de patrimonio común de la humanidad², tal y como a continuación se analiza.

1 Según la "Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional", la cooperación internacional para el desarrollo es el objetivo compartido y deber común de todos los países. *Vid.* Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, UN-Doc. Res. 3201 (S-VI), de 1 de mayo de 1974.

2 Así se refiere la Declaración del Milenio, de 8 de septiembre de 2000 cuando especifica los valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI. Entre otros, se refiere a la igualdad, en el sentido, que no debe negarse a ninguna persona, ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del

1.1. La discriminación ambiental y la justicia ambiental

La “discriminación ambiental” es una cuestión que se pretende resolver con el reconocimiento de otro concepto íntimamente relacionado, el de la “justicia ambiental”. La combinación de ambos debería permitir el reconocimiento de las diferencias históricas en la contribución de los Estados desarrollados y en vías de desarrollo a los problemas ambientales globales y de las diferencias en su respectiva capacidad económica y técnica para hacer frente a dichos problemas³. El reconocimiento de esta diferencia conlleva, de acuerdo con el principio de igualdad, tratar de forma distinta a situaciones diferentes. Si bien se afirman responsabilidades comunes en la degradación ambiental, existen diferencias importantes entre las responsabilidades de los Estados desarrollados y en vías de desarrollo, lo que ningún caso debe traducirse en un mismo nivel de compromiso para afrontar el problema. En todo caso, resulta oportuno analizar ambos conceptos.

a) La justicia ambiental como objetivo de la discriminación ambiental

Las primeras referencias al término de “Justicia ambiental” surgen en los Estados Unidos, a finales de los años 70 y principios de los 80 como protesta, entre otros episodios, contra las graves consecuencias para la salud de los habitantes de barrios afroamericanos socialmente marginados, por estar construidos en las inmediaciones de vertederos de residuos muy tóxicos en Love Canal (Nyagara Falls, NY), Northwood Manor (Houston, Texas) y Warren County (Carolina del Norte). Con posterioridad, en octubre de 1991, se crea el “First National People of Color Environmental Leadership Summit”, en el que se adopta un documento de referencia, los 17 “Principles of Environmental Justice”, donde se hace referencia

desarrollo y debe garantizarse, por lo tanto, la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres. También se hace mención a la solidaridad como valor que debe regir en los problemas mundiales para que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Y, finalmente, se hace referencia a la responsabilidad común en la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. *Vid.* Res. AGNU, A/Res/55/L.2, Declaración del Milenio, de 13 de septiembre de 2000.

³ *Vid.* Resolución sobre la Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras, UN-Res. A/Res/57/257, de 27 de febrero de 2003.

a elementos de justicia distributiva, de justicia participativa y de justicia compensatoria⁴.

Con la adopción por el Presidente Clinton, el 11 de febrero de 1994, de la *Executive Order* No 12898 (Federal Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations), se ordena a todas las agencias federales que “make achieving environmental justice part of its mission”⁵.

La justicia ambiental se define por la EPA, en Estados Unidos como “el trato justo y la participación significativa de todas las personas sin distinción de raza, color, sexo, origen nacional, o de los ingresos en relación con el desarrollo, la aplicación y el cumplimiento de las leyes ambientales, regulaciones, y política”⁶. Esta definición representa la versión en positivo de esta otra definición aportada por la doctrina: “La justicia ambiental desafía la discriminación y las desigualdades en la distribución de los beneficios y cargas del desarrollo económico. Si se lucha contra las prácticas discriminatorias de vertido de desechos peligrosos y sustancias químicas tóxicas y la colocación de los vertederos de residuos, incineradores, depósitos y rutas de transporte en las comunidades habitadas por personas de color y las personas pobres”⁷. En este sentido, el término de “injusticia ambiental” implica una imposición indebida o inmerecida de daño ambiental sobre personas inocentes que no están involucradas directamente en la operación de mercado que genera tal daño o industria. También implica la no inclusión de las comunidades minoritarias en las decisiones relativas a los resultados ambientales indeseables de las actividades industriales que presentan amenazas potenciales a su sustento, la salud y el bienestar⁸.

4 B. Bryant and P. Mohay (eds), *Race and the Incidence of Environmental Hazards* (Westview Press, Boulder 1992); R. Bullard (ed), *Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality* (3rd edn Westview Press, Boulder 2000) 256; D. E. Newton, *Environmental Justice: A Reference Handbook* (2nd edn ABC-CLIO Inc., Santa Barbara 2010).

5 *Vid.* 59 Fed. Reg. 7629 (Feb. 16, 1994), § 1-101.

6 Disponible en www.epa.gov/environmentaljustice/ (consultado el 24 de abril 2013). Traducción propia.

7 F. Chioma Steady, *Environmental justice in the new millennium :global perspectives on race, ethnicity, and human rights* (Palgrave Macmillan, New York etc. 2009) 283, 1-2.

8 F. O. Adeola, ‘From Colonialism to Internal Colonialism and Crude Socio-Environmental Injustice: Anatomy of Violent Conflicts in the Niger Delta of Nigeria’ en F. Chioma Steady (ed), *Environmental Justice in the New Millenium*:

A finales de la década de los noventa se publican en el Reino Unido importantes estudios teóricos, en los que se toma como referencia las reivindicaciones norteamericanas de la justicia ambiental para el análisis de la interrelación entre justicia social, participación ciudadana y sostenibilidad ambiental⁹. Estas aportaciones trasladan el énfasis de la mera distribución social de bienes, hacia la capacidad de la persona humana, tanto en su dimensión individual como colectiva, de utilizar los bienes a su disposición para desarrollar las funciones necesarias para cubrir sus necesidades¹⁰. Así, una sociedad justa sería por consiguiente aquélla en la que el Estado asume un rol activo en la distribución no ya de bienes, sino de las capacidades individuales y colectivas necesarias para satisfacer dichas necesidades, incluyendo una dimensión procedimental o participativa, como elemento consustancial de la misma¹¹. La noción de justicia ambiental ha sido integrada en la disciplina de las relaciones internacionales en los últimos años, basándose en la noción de justicia ambiental para analizar algunos regímenes ambientales universales en términos de justicia distributiva y participativa desde la perspectiva de la confrontación Norte-Sur¹².

Global Perspectives on Race, Ethnicity, and Human Rights (Palgrave Macmillan, New York 2009) 148.

9 A. Dobson, *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice* (OUP, Oxford 1998) 280; y N. Low and B. Gleeson, *Justice, Society, and Nature: An Exploration of Political Ecology* (Routledge, London 1998) 257.

10 D. Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press, Oxford 2007) 238, 11-4.

11 A diferencia de la teoría de la justicia formulada por Rawls, la teoría de Sen y de Nussbaum, que ha inspirado entre otros el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, permite una mejor toma en consideración de factores ambientales que inciden en las capacidades individuales y colectivas de las personas para el desarrollo humano y el funcionamiento o florecimiento social, económico y cultural. *Vid.* M. C. Nussbaum. 'Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice' (2003) 9(2-3) *Feminist Economics* 33; A. Sen, *Commodities and Capabilities* (OUP, Oxford 1985); A. Sen, 'Capability and Well-Being' en M. C. Nussbaum and A. Sen (eds), *The Quality of Life* (Clarendon Press, Oxford 1993) 30; A. Sen. 'Human Rights and Capabilities' (2005) 6(2) *Journal of Human Development* 151; A. Sen, *The Idea of Justice* (Allen Lane, London 2009).

12 Tal vez la primera aportación en la que se abordan de manera sistemática las distintas cuestiones jurídicas internacionales que suscita la noción de justicia ambiental es la obra colectiva dirigida por Jonas Ebbeson y Phoebe Okowa en 2009, *Environmental Law and Justice in Context* (CUP, Cambridge 2009).

Según afirma André Nollkaemper, la noción de justicia ambiental se caracteriza por una combinación de discursos normativos: justicia distributiva, justicia procedimental y justicia retributiva o compensatoria, que inciden potencialmente en los procesos de formación y aplicación de las normas de Derecho internacional, y en su relación e interacción con las normas propias de otros ordenamientos jurídicos¹³. Esa incidencia se concretaría en la toma en consideración y la calibración de al menos cuatro factores relevantes: los derechos o títulos jurídicos que asisten a los distintos sujetos involucrados; las capacidades de cada uno de ellos; sus respectivas necesidades; y, por último, las eventuales responsabilidades históricas de cada uno de ellos en la solución del problema a abordar¹⁴. La justicia ambiental, en definitiva, está relacionada con el valor de la dignidad, y se define como el trato justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional o ingreso con respecto al desarrollo, implementación y ejecución de las leyes, los reglamentos y las políticas públicas ambientales. El trato justo significa que ningún grupo de personas, incluyendo grupos raciales, étnicos o socioeconómicos pueden sufrir desproporcionadamente las consecuencias ambientales negativas derivadas de las actividades industriales, municipales o comerciales, o de la ejecución de los programas y las políticas federales, estatales, locales y de grupos indígenas¹⁵. En este sentido, la justicia ambiental se entiende como la lucha contra la incidencia desproporcionada de la contaminación en áreas habitadas por poblaciones minoritarias o países en vías de desarrollo y se inspira en el reconocimiento a todos los seres humanos de los mismos derechos de acceso e idénticas

13 A. Nollkaemper, 'Sovereignty and Environmental Justice in International Law', en J. Ebbesson and P. Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (CUP, Cambridge 2009) 253-269.

14 D. Shelton, 'Environmental Justice in a Postmodern World' en B. J. Richardson y K. Bosselmann (eds), *Environmental Justice and Market Mechanisms: Key Challenges for Environmental Law and Policy* (Kluwer, The Hague 1999). D. Shelton, 'Describing the elephant: international justice and environmental law', en J. Ebbesson and P. Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, Cambridge 2009) 55-75. D. Shelton, 'Equitable Utilization of the Atmosphere: A Rights-Based Approach to Climate Change?', en S. Humphreys (ed), *Human Rights and Climate Change* (CUP, Cambridge 2010) 91.

15 Definición establecida por la Agencia Estadounidense de Protección Ambiental (US EPA). *Vid.* Orden Ejecutiva 12898, de 11 de febrero de 1994, la cual ordena que las agencias federales tengan en cuenta y consignen la "justicia ambiental" en sus programas y actuaciones dentro del territorio de Estados Unidos y sus posesiones.

opciones a los beneficios de la oferta ambiental y cultural del planeta, siendo injusta cualquier estructura o proceso que conlleve la degradación o los riesgos ambientales existentes como consecuencia de la vulnerabilidad económica y social de determinados Estados. Este concepto constituye un valor fundamental orientado a la protección y aplicación política, social, jurídica y económica del derecho humano a un medio ambiente sano, la igualdad ambiental y el desarrollo sostenible en el contexto local, nacional y global.

La justicia ambiental es el objetivo que debe perseguirse si se acepta la diferencia o la discriminación con efectos justos o equitativos. Cuando la discriminación ambiental no está en la línea de lograr la justicia ambiental, el diferente trato o la distinta consecuencia se convierte en una carga desproporcionada de los efectos de la degradación ambiental, especialmente cuando ocurre en determinados sectores de la población más vulnerables. Las distintas condiciones ambientales, sociales y económicas de los diferentes países, requieren necesariamente un trato diferenciado, pero a su vez justo.

b) La discriminación como medio para lograr la justicia ambiental

Si bien es cierto que la sociedad internacional ha realizado importantes esfuerzos para fomentar la conciencia sobre la discriminación racial, cultural, religiosa, sexual, entre otros tipos de discriminación¹⁶, existen prácticas excluyentes y discriminatorias relacionadas directamente con el medio ambiente y en particular en relación a la gestión y aprovechamiento de los recursos naturales que han sido tradicionalmente ignoradas. En efecto, así en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, no se aborda el tema de discriminación ambiental, en cierto modo por la falta de conocimiento de los vínculos existentes entre

¹⁶ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (art. 1).

medio ambiente y derechos humanos. Tan solo en el Informe Ksentini de las Naciones Unidas se señala en lo que a discriminación ambiental se refiere, a “estas práctica intolerables, las cuales acarrearán severos riesgos al sur, son particularmente ultrajantes, pues transfieren serios problemas a regiones y poblaciones particularmente vulnerables.”¹⁷

La discriminación o la diferencia en el ámbito de la protección del medio ambiente deben partir del reconocimiento de dos elementos fundamentales. El primero hace referencia a la responsabilidad común de los Estados en la protección del medio ambiente, o partes de éste, en un contexto nacional, regional o global. El segundo se refiere a la necesidad derivada de las diferentes circunstancias, particularmente de la contribución de cada Estado a la evolución de un determinado problema y su habilidad para prevenir, reducir y controlar sus repercusiones sobre el medio ambiente.

La *responsabilidad común* describe no sólo la contribución de los Estados, en diferente medida a la degradación ambiental, sino también las obligaciones compartidas entre dos o más Estados con el objetivo de proteger un determinado sector ambiental de interés común. La responsabilidad común se aplica en el ámbito de un recurso compartido, que no se encuentra bajo el control o bajo la jurisdicción soberana de algún Estado, pero que representa objeto de un interés especial entre la generalidad de Estados, como la biodiversidad, en términos de interés común de la humanidad¹⁸. El reconocimiento de la responsabilidad común es la fuente generadora de una serie de deberes que implican la participación de los Estados mediante la adopción de medidas de respuesta a los problemas ambientales¹⁹.

La *responsabilidad diferenciada* de los Estados en la protección del medio ambiente es ampliamente aceptada en los tratados internacionales o en las prácticas estatales. Su traducción consiste en la adopción de diferentes estándares ambientales establecidos

17 Fatma Zohra Ksentini, Derechos Humanos y Medio Ambiente, Informe Final de la Relatora Especial, O.N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, Julio 6, 1994.

18 *Vid.* Informe de la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Capítulo I, punto 2, Anexo párrafo 81, UN Doc. A/CONF.199/20 (2002), disponible en http://www.johannesburgsummit.org/html/documents/summit_docs/131302_wssd_report_reissued.pdf, revisado por UN Doc.A/CONF.199/20/Corr. 1 (2003).

19 El concepto de responsabilidad común se encuentra presente en diferentes instrumentos jurídicos internacionales que regulan la protección y la conservación de recursos que consideran que integran el patrimonio común de la humanidad. *Vid.* Report of the World Summit on Sustainable Development, Johannesburgo, Sudáfrica, del 26 de agosto al 4 de septiembre 2002, UN Doc. A/CONF.199/20, pp. 1 y ss.

sobre la base de una serie de factores, incluyendo las necesidades y circunstancias especiales, el desarrollo económico futuro de los países y las contribuciones históricas a la generación de un determinado problema ambiental. El reconocimiento de la responsabilidad diferenciada mitiga el ámbito de imposición de deberes a los Estados a través del reconocimiento de las responsabilidades comunes, pero a su vez, es fuente generadora de derechos para los Estados en vías de desarrollo (discriminación positiva). Es decir, la afirmación de una responsabilidad diferenciada permite establecer el derecho de los Estados a designar sus propias políticas ambientales sobre la base de sus respectivas situaciones particulares ambientales y de desarrollo²⁰.

En este sentido, la Declaración de Estocolmo de 1972 enfatiza la necesidad de considerar la aplicabilidad de estándares que sean válidos para los países más avanzados pero que no ocasionen costes insostenibles e inapropiados a los países en vías de desarrollo²¹. En la Declaración de Río de 1992, los Estados acordaron que los estándares ambientales, los objetivos y prioridades de gestión deberían reflejar el contexto ambiental y el grado de desarrollo en función de los cuales permitiría aplicar estos estándares a la situación especial de los países en vías de desarrollo, particularmente de los menos desarrollados y aquéllos más ambientalmente vulnerables, dándoles especial prioridad y considerando que los costes sociales y económicos no sean inapropiados para otros países, en particular para los países en vías de desarrollo.

La responsabilidad diferenciada se dirige más a promover la igualdad sustancial entre los Estados desarrollados y en vías de desarrollo en un determinado ámbito ambiental, que el logro de

20 *Vid.* el caso Shrimp, WTO Panel Report, 15 May 1998, adopted as modified by Appellate Body Report 6 November 1998, United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (India, Malaysia, Pakistan and Thailand v. United States of America), pp. 269 y 290. Esta afirmación se realiza en relación con el Principio 2 y 11 de la Declaración de Río de 1992.

21 En su Principio 12 se establece que "Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin". También se hace referencia al respeto de la diferencia en el Principio 13 cuando se refiere a la necesidad de compatibilizar el desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población cuando los Estados planifiquen su desarrollo. Así se reitera en el Principio 14, con el fin de conseguir una planificación racional.

la igualdad formal. El objetivo es asegurar que los Estados en vías de desarrollo puedan cumplir, a largo plazo, con sus compromisos jurídicos internacionales en materia de protección del medio ambiente, concretándose en obligaciones jurídicas diferentes: como la posibilidad de establecer plazos temporales más amplios en el cumplimiento de los objetivos o el cumplimiento tardío u objetivos menos exigentes en relación con las demás Estados.

La falta de referencias en el ámbito internacional al factor ambiental como un elemento de discriminación ambiental ha producido que en algunos sectores se haya acuñado el término de “racismo ambiental”. En todo caso, la discriminación e incluso el racismo se basan en la creencia de la superioridad racial y el maltrato a los demás sobre la base de sus diferencias, con el fin de obtener ventajas y privilegios. Estos privilegios combinados con anteriores prejuicios raciales son sólo una de las posibles causas de la acumulación de residuos y la contaminación en las zonas con alta concentración de minorías o de poblaciones especialmente vulnerables por su condición indígena, campesina, pobre, etc. Los prejuicios existentes, no solo raciales, sino económicos y sociales, junto con las políticas que se aprovechan de la situación vulnerable de algunas poblaciones, conducen sin duda a la discriminación ambiental.

1.2. Principios y valores de la igualdad y la discriminación ambiental

El principio de igualdad presupone un proceso equitativo que garantice a todos la capacidad de acceso a los recursos naturales restringidos y que asegure a las generaciones futuras la disponibilidad de los recursos no renovables y la pervivencia de la biodiversidad. El principio de igualdad se introduce en el Preámbulo de la Carta de San Francisco de 1945 cuando se hace referencia a la igualdad “de las Naciones grandes y pequeñas” y se establece como finalidad el emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos. Y en su artículo 1, apartado segundo, se afirma “el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. El artículo 2.1 se reconoce la igualdad soberana de los Estados como principio fundamental del

Derecho internacional. Si bien la consecuencia más inmediata de este principio es la igualdad jurídica de los Estados, las desigualdades materiales en materia ambiental se traducen en la necesidad de relativizar la igualdad jurídica formal existente entre los Estados en el cumplimiento del Derecho internacional. En este sentido, el principio de igualdad en el ámbito de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas encuentra su aplicación a través de medidas de discriminación positiva. Es decir, la aceptación de la diferencia implica el trato diferencial. Realmente, el Principio 7 de la Declaración se convierte más que en una excepción, en una confirmación del artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas, en el sentido que si se parte de una situación desigual se entiende que sería injusto aplicar el mismo trato a situaciones jurídicamente desiguales. La respuesta a la desigualdad se sustenta sobre la base de la solidaridad y la cooperación interestatal necesarias para el logro de los objetivos ambientales globales: ante estas situaciones de desventaja social, económica y política, la aplicación uniforme de las obligaciones jurídicas internacionales constituiría un caso de *summum ius, summa injuria*. El resultado debe basarse en la justa “compensación de la diferencia”, mediante la previsión de: obligaciones jurídicas distintas para situaciones sustanciales distintas y/o de la adopción de medidas asistenciales de la aplicación.

El principio de cooperación es el fundamento necesario para la proteger la diferencia y evitar que el trato diferente sea injusto. El principio de cooperación fue proclamado en la Declaración de Estocolmo de 1972 cuyo Principio 24 afirma que “todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio”²². Y como se ha analizado

22 También en su Preámbulo se establecía que “... se requiere la cooperación internacional con objeto de allegar recursos que ayuden a los países en desarrollo a cumplir con su cometido...”. Vid. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972, ONU Doc. A/CONF.48/14, Rev. 1, pp. 2 y ss. El mismo principio se reconoció: en la Resolución 3129 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1973 titulada “Resolution on Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more States”, Res. AGNU 3129, de 13 de diciembre de 1973, ONU Doc. A/Res/3129 (1973); en los Principios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 1978 sobre la cooperación ambiental relativa a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados, UNEP, Governing Council, Decisión 6/14, de 19 de mayo de 1978 (Principio 1), reproducido en Ruster, B.,

anteriormente, el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas como manifestación del principio de cooperación de responsabilidades comunes, pero diferenciadas se proclama, por primera vez, en el Principio 7 de la Declaración de Río de 1992²³. Este principio se configura como el espíritu de la solidaridad global para la consecución de la justicia ambiental, puesto que no se restringe sólo a la cooperación entre Estados, sino también a la cooperación entre entidades no estatales, comprendiendo desde asociaciones empresariales hasta organizaciones no gubernamentales o el mundo académico. Este principio presenta tres componentes: a) patrimonio común de la Humanidad²⁴; b) responsabilidades comunes, pero diferenciadas; y c) el trato especial de los países en vías de desarrollo, incluyendo los Estados que son pequeñas islas en vías de desarrollo²⁵ y los países en transición. A través de estos tres componentes se

Simma, B. (eds.), *International Protection of the Environment*, Treaties and Related Documents, vol. XVIII, Second Series, Oceana Publications, New York, 1995, p. 9351 y p. 9397; y en el Preámbulo de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y en el Principio 21.a) de la misma, Res. AGNU 37/7, de 28 de octubre de 1982, UN Doc. A/37/51 (1982).

23 También el Tribunal Internacional de Justicia tuvo la ocasión de incidir sobre esta cuestión en la Sentencia de 25 de septiembre de 1997 relativa al asunto Gabcíkovo-Nagymaros confirmando, implícitamente, la idea misma del principio de cooperación. El Tribunal estableció que “A los efectos del caso presente, esto significa que las Partes deberían examinar de nuevo conjuntamente los efectos de la explotación de la central de Gabcíkovo sobre el medio ambiente. En particular, las Partes deben encontrar una solución satisfactoria en lo que respecta al volumen de agua a verter en el antiguo cauce del Danubio y en los brazos situados a ambos lados de río”. *Vid.* CIJ *Recueil* 1997, párrafo 140.

24 La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 43/53 es el primer documento importante en el que se hace referencia al concepto de “patrimonio común de la Humanidad”, aunque en relación, exclusivamente, al régimen de cambio climático. *Vid.* Res. AGNU 43/53 (1988), en su primer párrafo establece que “... el cambio climático es de interés común de la Humanidad en tanto que el clima es una condición esencial que garantiza la vida en la Tierra”. A esta Resolución, le siguió la Declaración de Langkawi de los Jefes de Estado de la Commonwealth, de octubre de 1989, Res. AGNU, 44º ses., Agenda ítem 82(f), anexo, Doc. A/44/673. Este concepto también apareció en la Declaración de Noordwijk resultante de la Conferencia Ministerial sobre la contaminación atmosférica y el cambio climático, adoptada en noviembre 1989 por 66 representantes de Estado.

25 *Vid.* la Declaración de las Barbados y el Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible para la aplicación de la Agenda 21, adoptados en la Conferencia Global sobre el Desarrollo Sostenible de los pequeños Estados insulares en vías de desarrollo, celebrada en Bridgetown, Barbados, del 26 de abril al 6 de mayo de 1994. Report of the Global Conference on the Sustainable Development of Small Island Developing States, UN Doc. A/CONF.167/9.

comprende la necesidad que los países en vías de desarrollo participen en la protección de bienes comunes y en el fomento de intereses globales, de acuerdo con sus capacidades y con el distinto grado de responsabilidad en el contexto de su diferente contribución a la degradación global del medio ambiente²⁶.

Esta obligación de cooperar de los Estados forma parte del Capítulo 2 de la Agenda 21 titulado “Cooperación internacional para acelerar el desarrollo sostenible en los países en vías de desarrollo y en sus políticas domésticas” y constituye la parte más importante de la Agenda 21 y del concepto de desarrollo sostenible. Por este motivo, el último Principio de la Declaración de Río, el 27, se refiere a que “Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del Derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

En relación al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el desarrollo sostenible se manifiesta en la garantía de la protección ambiental mediante la reivindicación de la responsabilidad común de los Estados, tanto en la responsabilidad sobre su deterioro y sobre su protección y garantiza el derecho al desarrollo, reclamado básicamente por los Estados en vías de desarrollo, mediante el reconocimiento de la diferente responsabilidad en la actuación sobre la protección y conservación ambiental.

El principio de desarrollo sostenible promueve la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo, la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales, la equidad social y la preservación de los sistemas físicos y biológicos que sirven de soporte a la vida de los seres humanos. En definitiva, integra las externalidades ambientales en el proceso de decisión económico respetando todas las reivindicaciones e intereses en presencia. La formulación y aplicación de este principio constituye un proceso solidario que permite alcanzar niveles mínimos de desarrollo para quienes viven por debajo de las necesidades esenciales

²⁶ En este sentido, la AGNU estableció en su Declaración sobre la Cooperación económica Internacional, en su Sesión Especial de 1990, que “La amenaza actual al medio ambiente concierne a todos”. *Vid.* Declaración sobre la Cooperación Económica Internacional, en particular la Revitalización del crecimiento económico y del Desarrollo de los países en desarrollo, UN Doc. A/Res/S-18/3, de 1 de mayo de 1990, párrafo 29.

humanas y exige una contención del crecimiento para aquéllos que viven por encima de los medios ecológicamente aceptables.

El valor de la solidaridad constituye una afirmación de la necesidad de cooperar para el logro de objetivos comunes y poder garantizar la asistencia de los países desarrollados en beneficio de los países en desarrollo. El Preámbulo de la Declaración de Estocolmo se refería a que "... hay un número cada vez mayor de problemas relativos al medio que, por ser de alcance regional o mundial o por repercutir en el ámbito internacional común, requerirán una amplia colaboración entre las naciones y la adopción de medidas para las organizaciones internacionales en interés de todos".

Finalmente, el valor universalismo en el que se basa la justicia ambiental trata de satisfacer los intereses comunes de los Estados en la protección del patrimonio ecológico mundial, asumiendo la protección ambiental como interés colectivo de la Comunidad internacional en su conjunto. El universalismo implica la armonización de intereses y no la imposición de unos intereses sobre otros.

2. Factores que determinan la desigualdad y la discriminación ambiental

La desigualdad compensadora, que reconoce un trato preferencial a los países en desarrollo, fue preconizada por primera vez en el contexto del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), ideado en los años setenta²⁷. La propuesta para el establecimiento del NOEI parte de la constatación sobre la base de la cual el mundo " está regido por un sistema que se estableció en una época en que la mayoría de los países en desarrollo ni siquiera existían como Estados independientes, y que perpetúa la desigualdad " y de la valoración consistente en el reconocimiento que el orden económico internacional está en contradicción directa con la evolución de las relaciones políticas y

27 La "Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional" proclama la determinación común de trabajar con urgencia por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de todos los Estados, cualesquiera sean sus sistemas económicos y sociales, que permita corregir las desigualdades y reparar las injusticias actuales, eliminar las disparidades crecientes entre los países desarrollados y los países en desarrollo y garantizar a las generaciones presentes y futuras un desarrollo económico y social que vaya acelerándose, en la paz y la justicia. *Vid.* Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, *cit. supra*.

económicas internacionales en el mundo contemporáneo²⁸. Desde 1970, la economía mundial ha experimentado una serie de crisis graves con serias repercusiones, especialmente sobre los países en desarrollo a causa de su mayor vulnerabilidad, en general, a los impulsos económicos externos. Por este motivo, a partir de 1975 ya se plantea como alternativa a la noción de desarrollo identificado con el crecimiento económico, el desarrollo concebido como aquél que tiene como objetivo prioritario la satisfacción de las necesidades y la armonía con el medio ambiente. Esta nueva concepción se apoya en el reconocimiento de la existencia de límites externos que el desarrollo no puede transgredir, es decir, el agotamiento de los recursos naturales.

En el decenio de 1980, el progreso de los países desarrollados y de los países en desarrollo fue desigual. El decenio se caracterizó por el aumento de las diferencias entre los dos grupos de países, por un crecimiento relativamente lento y por grandes desequilibrios mundiales en el ámbito de las finanzas y el comercio. Los países desarrollados con economías orientadas hacia los mercados consiguieron, en gran medida, controlar la inflación y mantener un crecimiento sostenido, aunque modesto. Sin embargo, muchos países, sobre todo los países en desarrollo tropezaron con grandes dificultades en sus intentos de adaptarse a los cambios estructurales, de beneficiarse del crecimiento económico de los países industrializados y de promover el bienestar de los ciudadanos. La posición de los países en desarrollo en el comercio y las finanzas internacionales se debilitó considerablemente, lo que aumentó aún más las diferencias entre esos países y los países desarrollados. El endeudamiento externo fue uno de los factores que más contribuyó al estancamiento económico de los países en desarrollo. Su capacidad para hacer frente al servicio de la deuda disminuyó sensiblemente debido al aumento de los tipos de interés y al deterioro de las relaciones de intercambio. Ese problema contribuyó a que descendieran las inversiones y cesaran las nuevas corrientes financieras. Como resultado de ello, se

28 *Vid.* UNCTAD, "Examen y evaluación de la aplicación de la estrategia internacional del desarrollo; la declaración y el programa de acción sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados; la Resolución 3.362 (VII S-VII) de la Asamblea General sobre el desarrollo y la cooperación económica internacional. La evaluación de una estrategia internacional del desarrollo viable", *Informe del Secretario General de la UNCTAD*, 30 de marzo de 1977, Doc. TD/B/642.

registró una considerable transferencia neta de recursos de los países en desarrollo a los países desarrollados, con lo que los primeros se vieron privados de recursos indispensables para su desarrollo. Ello hizo más difícil el proceso de ajuste y complicó la tarea de hacer frente a sus consecuencias sociales y de obtener el apoyo político necesario para las reformas.

En el decenio de 1990 se produce la reactivación del crecimiento económico y el desarrollo social de los países en desarrollo, lo cual requiere un crecimiento sostenido de la economía mundial y condiciones externas favorables. En el contexto de una creciente interdependencia e integración de la economía mundial, se propone detener el creciente proceso de marginación de los países menos adelantados y reactivar su crecimiento y desarrollo mediante la aplicación de medidas amplias en el plano nacional y medidas de apoyo en el plano internacional. En la elaboración de esas medidas deberá tenerse en cuenta la responsabilidad de cada país respecto de su propio desarrollo y deberán establecerse en consonancia con la capacidad de cada país y con sus efectos en la economía internacional. El logro de una solución duradera para los problemas de la deuda internacional, atender a las necesidades cada vez mayores de financiación del desarrollo, en particular las de aquellos cuyas economías dependen de los productos básicos, son las condiciones para la reactivación del crecimiento y el desarrollo sostenibles de los países en desarrollo.

La implementación de un nuevo orden económico internacional depende de la más amplia cooperación entre todos los Estados miembros de la comunidad internacional, basada en la equidad y que permita eliminar las disparidades existentes en el mundo y asegurar la prosperidad de todos.

3. LAS MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL

Los sectores vulnerables de la población son frecuentemente los más afectados por la contaminación ambiental ya que son los que menos oportunidad tienen de movilizarse en contra de estos abusos. Generalmente, los grupos vulnerables habitan cerca de las áreas contaminadas o en zonas donde se llevan a cabo importantes proyectos públicos que conllevan a graves daños ambientales; viéndose obligados a vivir en condiciones ambientalmente peligrosas, forzados a desplazarse o sufrir el impacto de la degradación ambiental; cada

año proyectos de construcción de rutas y diques desplazan a más de diez millones de personas de sus hogares, y los países industrializados exportan millones de toneladas de desechos tóxicos a sus vecinos más pobres.

A pesar de esta realidad, que acrecienta la asimetría entre los Estados, en el ámbito del Derecho internacional, la noción de justicia ambiental e incluso el reconocimiento mismo de la discriminación ambiental está aún en un estadio embrionario. Lo cierto es que aunque no abunden las aportaciones sobre el significado de la noción y su incidencia sobre la formación y la aplicación de las normas jurídicas internacionales, las cuestiones que engloban no son del todo nuevas, ni son del todo ausentes. Lo que ocurre es que se han abordado desde la perspectiva más amplia del desarrollo sostenible. En este sentido, se pueden señalar aportaciones en al menos tres ámbitos materiales de relevancia para la justicia ambiental: el papel de la equidad intra e intergeneracional en el Derecho internacional; el trato diferencial dispensado a los Estados en función del grado de desarrollo económico y sus respectivas capacidades; y el acceso a la información, participación en la adopción de las decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental.

En todo caso, las manifestaciones del trato diferencial son básicamente jurídicas y materiales. Ambas derivan de la traducción práctica de la desigualdad, que ha propiciado al mismo tiempo un reconocimiento de su confirmación en la consecución del desarrollo sostenible y ha reforzado su naturaleza jurídica de instrumento de textura flexible determinados efectos jurídicos sólidos. A continuación, interesa abordar estas manifestaciones como fundamento de la discriminación ambiental.

3.1. La desigualdad como fundamento de la discriminación ambiental negativa

A nivel internacional, la relación entre el norte y el sur genera otras formas de discriminación ambiental internacional, como resultado de una discriminación sistemática históricamente institucionalizada, que ha generado una desventaja ambiental con graves repercusiones sociales y económicas para los países menos desarrollados. Al respecto, es importante señalar aquellos ámbitos en los que la desigualdad se manifiesta como fundamento de la discriminación ambiental negativa, es decir, como aquella en la que

la diferencia genera repercusiones negativas, como el acceso a los recursos naturales, el tráfico de residuos tóxicos, la exportación de los mismos desde países desarrollados hacia países subdesarrollados. Todos ellos no sólo incrementan la vulnerabilidad económica, social y ambiental de los países menos desarrollados, sino que a su vez resulta en irreparables violaciones a los derechos humanos.

Las desigualdades ya surgen en el planteamiento de los problemas ambientales. El enfoque de las negociaciones globales para la conclusión de los tratados internacionales se ha dirigido cada vez más a los problemas ambientales globales que tienen un impacto potencial sobre los países desarrollados, tales como el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono, en lugar de dirigirlos hacia problemas ambientales que tienen efecto inmediato y serio sobre los países en desarrollo, como la carencia de agua potable, la contaminación del aire y la desertificación.

a) El desigual acceso a los recursos

A nivel geoestratégico el acceso a determinados recursos ambientales (como por ejemplo, las fuentes de energía y minerales) es, en la actualidad, un factor que condiciona una parte importante de las relaciones internacionales y que, incluso, es, en ocasiones, motivo para desencadenar conflictos armados o la intervención de internacional en conflictos nacionales. En efecto, el modelo económico de los países en vías de desarrollo y las crisis políticas y financieras presentes en estos países, afectan, directamente, al uso racional de los recursos naturales, impidiéndoles alcanzar el desarrollo sostenible. La presión que se ejerce en los recursos como consecuencia de la pobreza y la falta de recursos, junto a la presión de multinacionales provoca la sobre explotación y pérdida, en general, de los recursos naturales. Estos patrones de demanda de recursos naturales también deterioran la calidad de vida de las poblaciones más desfavorecidas puesto que los beneficios derivados de la explotación ajena de sus recursos naturales no revierten a su favor. El resultado es un círculo vicioso en el cual, los grupos humanos afectados agravan el problema ambiental²⁹. Además la presión de

²⁹ Vid. Bautista Magallón, S., "Actividades del Programa de Recursos Naturales en materia de Conservación y Uso Sostenible de Recursos Biológicos", en *Cuadernos de Biodiversidad*, Publicación cuatrimestral del Centro Iberoamericano de la Biodiversidad, Octubre 2000, n^o. 5, Año II, pp. 4 y ss.

la deuda, el proceso de globalización económica, implantado en las relaciones internacionales, supone un obstáculo más para los países en vías de desarrollo, los cuales no pueden competir en este mercado internacional, ni con sus productos, ni con sus medios, amenazando aún más la protección de sus recursos naturales y, en definitiva, a su desarrollo económico. La necesidad de saldar su deuda, puede provocar el efecto de flexibilizar el acceso a los recursos biológicos a precios insignificantes y la explotación desmesurada de estos recursos, en detrimento de las poblaciones indígenas y locales³⁰.

Las tendencias actualmente existentes son evidentemente preocupantes: por una parte, la impunidad de las empresas que explotan indebidamente los recursos naturales, sin consultar y sin el consentimiento de las comunidades locales, a menudo indígenas y, por otra, las agresiones que sufren estas comunidades ya de por sí vulnerables frente al poder de las multinacionales y del propio Estado. Así, con la pérdida de sus recursos naturales fundamentales para su subsistencia y en la defensa de sus intereses vitales sobre los recursos naturales, la población local cada vez más sufre situaciones de injusticia ambiental: los acaparamientos de tierras, los desplazamientos forzados, las amenazas, las persecuciones y la criminalización de su causa e incluso, en ocasiones, la pérdida de la vida. Al respecto, es evidente que los conflictos por el control, acceso y uso de los recursos naturales se manifiestan claramente desiguales para las partes implicadas.

Actividades como el acceso ilegal a los recursos naturales, la apropiación y expolio de los mismos, la apropiación intelectual de los conocimientos ancestrales relacionados con las semillas, la apropiación de los beneficios derivados por el uso de plantas medicinales y de otras plantas, constituyen la llamada "biopiratería". La biopiratería es otra dimensión de la desigualdad que alimenta la deuda ecológica, en tanto que de nuevo los daños se infligen a países en desarrollo por actividades desarrolladas en países desarrollados.

Las actividades de biopiratería también vulneran normas y principios del Derecho internacional, como el derecho soberano a los recursos naturales, el principio de quien contamina paga, del derecho al consentimiento libre, previo e informado; el acceso no autorizado a los recursos naturales y la apropiación indebida y su explotación

30 Vid. Dowdle, M. W., "Preserving indigenous paradigms in an age of globalization", en *Fordham International Law Journal*, n.º. 24, 2000, Symposium, pp. 256-282.

constituye la vulneración del derecho soberano a los recursos naturales. Todas estas actividades se nutren también de la violación del derecho a ser informados y a participar en los temas ambientales, impidiendo otorgar el consentimiento previo, libre e informado que debe preceder en cualquier actividad que suponga la posibilidad de acceder, utilizar y beneficiarse de recursos naturales ajenos.

La protección de la biodiversidad constituye, sin duda, uno de los ámbitos más preocupantes no solo para evitar la deuda ecológica, que en términos económicos es evidente, sino también para evitar el expolio de los recursos naturales y la destrucción de los pueblos indígenas

b) El desigual reparto de los beneficios

La situación de desigualdad en relación con el acceso ilegal a los recursos naturales se perpetúa con el desigual reparto de los beneficios, que se derivan de la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales. La falta de una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos recursos, así como la utilización de mecanismos de propiedad intelectual que garantizan el uso monopólico de los recursos apropiados, vulneran el derecho a una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de recursos propios, siendo las comunidades locales y los pueblos indígenas quienes, paradójicamente, poseen los recursos naturales y cuyos conocimientos sobre la biodiversidad, les han permitido conservar, utilizar y mejorar la diversidad biológica.

Asimismo, el acceso no autorizado a los recursos naturales y la apropiación indebida y su explotación constituyen la vulneración del derecho soberano a los recursos naturales; la falta de una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos recursos, así como la utilización de mecanismos de propiedad intelectual, que garantizan el uso monopólico de los recursos ajenos apropiados ilegalmente, vulnerando también el derecho a una “distribución justa y equitativa”, siendo las comunidades locales y los pueblos indígenas quienes, paradójicamente, poseen conocimientos sobre la biodiversidad que les han permitido conservar, utilizar y mejorar la diversidad biológica.

Los acuerdos de propiedad intelectual relativos al comercio no contribuyen a mejorar esta situación de desigualdad discriminatoria, en sentido negativo, pues permiten no solo la apropiación de seres

vivos, sino que también otorgan valor a las invenciones industriales, sin considerar el valor de las innovaciones desarrolladas de forma comunitaria por los campesinos y pueblos indígenas durante cientos de años.

c) El desigual impacto ambiental

Los países en desarrollo o menos desarrollados son los que actualmente viven las consecuencias socioambientales más crudas derivadas de la sobreexplotación de los recursos naturales y de la contaminación ambiental, afectando más gravemente a las poblaciones más vulnerables y menos resistentes a la pérdida de calidad de vida. Estos países no solo soportan la carga ambiental de la sobreexplotación de recursos, sino también las consecuencias de la contaminación ambiental. Desafortunadamente, las externalidades ambientales negativas afectan a aquellas sociedades que oponen menor resistencia, es decir, los grupos más vulnerables de la sociedad. En estas decisiones se advierten discriminaciones ambientales implícitamente apoyadas por los propios Estados³¹.

Uno de los ámbitos en los que la carga ambiental es más desigual es la de las consecuencias del cambio climático. La contaminación desproporcionada de la atmósfera por parte de los países industrializados por sus grandes emisiones de gases, que han causado el deterioro de la capa de ozono y el incremento del efecto invernadero pone en evidencia las responsabilidades en la generación de la alteración ambiental, en este caso, del sistema climático. Es más, se calcula que el 75% de las emisiones históricas de gases de efecto invernadero fueron producidos por los países llamados “desarrollados” donde habita el 20% de la población mundial.

El traslado transfronterizo de residuos tóxicos originados en los países industrializados y depositado en los países más pobres también constituyen otra manifestación de la desigualdad y discriminación ambiental. El sistema industrial produce una gran cantidad de residuos, con diferentes grados de toxicidad. Tratar esos residuos es un proceso muy caro, cuyo precio depende de las normativas ambientales

31 Jennifer R. Kitt, “Waste Export to the Developing World: A Global Response,” *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 7, 1995, pp. 485-514, (informe de Derecho Ambiental Internacional de Georgetown); y por Jennifer Clapp, *Dumping on the Poor: The Toxic Waste Trade with Developing Countries*, Paper No. 5 (Cambridge, UK: Universidad de Cambridge, Programa de Seguridad Global, 1994).

del país donde se lleva a cabo. Por esa razón, las empresas del Norte han encontrado conveniente exportar sus residuos tóxicos hacia los llamados “paraísos ambientales”, es decir, países donde la legislación ambiental es menos severa y donde se pidan menores medidas de seguridad, para que desechar los residuos sea más económico. Un ejemplo es el transporte de residuos eléctricos y electrónicos.

Así, los residuos tóxicos originados en los países del Norte han sido exportados a los países empobrecidos donde es más barato tratarlos o simplemente son depositados utilizando estos países como vertederos. El libre comercio de residuos deja a las poblaciones empobrecidas ante la disyuntiva de continuar en la pobreza o aceptar el residuo peligroso, aunque pongan en riesgo su salud. Sobre el traslado de la contaminación a “paraísos ambientales” fue justificado como una oportunidad por Lawrence H. Summers, ex economista jefe del Banco Mundial, en su Memorando de publicado en diciembre de 1991³², quien justificaba el traslado de residuos a países más pobres afirmando que “la lógica de una decisión de verter los residuos tóxicos en África es una lógica impecable. Es preciso contaminar los países menos contaminados, y África está subcontaminada; es preciso colocar los residuos tóxicos en los países donde los salarios son más bajos”. Esta lógica de Summers, que vislumbra la teoría del liberalismo llevada su máxima expresión, se basa en el siguiente razonamiento: en un país con un nivel salarial y con una esperanza de vida bajos, la muerte prematura de las personas a causa de la degradación ambiental no representará una pérdida económica importante, si se compara con la de los países industrializados. Así, verter residuos tóxicos en áreas donde la gente ya tiene vidas más cortas no tiene mayor relevancia y la redistribución de los residuos a zonas en donde hay subcontaminación es contemplado como un mal menor. En este sentido, Summers entendía además que los países de baja densidad de población en África están infinitamente subcontaminados; que es probable que la calidad de su aire sea ineficientemente más baja en contaminantes, en comparación con Los Ángeles o Ciudad de México. La conclusión es que hay que verter los residuos tóxicos en los países subcontaminados en los que la esperanza de vida es baja y en los que los salarios también son bajos. Esta lógica, sin duda, reduce el valor de los seres y de las cosas a su valor monetario.

32 Memorandum interno del Banco Mundial, recogido en *The Economist* (1992) ‘Let Them Eat Pollution’, 08 February, p.82 (UK edition).

3.2. La desigualdad como fundamento de la discriminación ambiental positiva

El reconocimiento de la desigualdad en la contribución en la degradación ambiental y las potenciales dificultades por asumir las consecuencias de la misma, han derivado en la existencia de determinados mecanismos que tienen como principal objetivo incentivar el refuerzo de las capacidades de aquellos Estados, más vulnerables a sufrir las consecuencias de la degradación ambiental generada por los Estados más desarrollados. Esta transferencia de capacidades responde a un doble fundamento: uno, a la responsabilidad que tienen los países más desarrollados por haber propiciado el problema ambiental, cuyas consecuencias revierten sobre países menos desarrollados o por haber sobreexplotado los recursos que pertenecen a otros países, cuyas poblaciones depende de estos recursos para su subsistencia; y dos, el compromiso global que se requiere para proteger el medio ambiente, apoyando aquellos Estados que presentan mayores dificultades y que constituyen un factor de riesgo en el cumplimiento de un tratado.

La manifestación jurídica de la discriminación positiva o igualdad compensadora se ha producido mediante un reconocimiento en los tratados internacionales ambientales más recientes. Estos tratados no sólo han contemplado una diferenciación en el establecimiento de obligaciones, sino también el derecho indiscutible de los países en vías de desarrollo a recibir recursos financieros y tecnológicos necesarios para hacer frente al cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia ambiental.

La aplicación práctica de la discriminación positiva se traduce en el establecimiento de una flexibilización jurídica que se constata en la previsión de derechos y obligaciones asimétricas en relación con los estándares ambientales, o en dilaciones temporales para lograr el cumplimiento de determinadas disposiciones del tratado³³,

33 Así, el Protocolo de Montreal de 1987 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono establece que los países desarrollados deberán mantener la producción de clorofluorocarbonatos (CFCs) en 1996, mientras que los países en vías de desarrollo que presentan bajos niveles de CFCs y halones (<3.3 kg. per cápita) tienen hasta el 2002 para eliminar un 50% de la producción y consumo de CFCs, hasta el 2007 para eliminar un 85% y hasta el 2010 para su completa eliminación. De esta manera se aplaza el cumplimiento de ciertas disposiciones del Protocolo para adaptarse a la situación especial de los países en vías de desarrollo.

o la inaplicación de determinadas disposiciones convencionales³⁴ y en la necesidad de promover una aceptación amplia de los objetivos ambientales, evitando los problemas generados como consecuencia del establecimiento de mínimos comunes denominadores³⁵. Esta flexibilización jurídica ha supuesto que se vinculara de forma muy significativa el cumplimiento de las obligaciones generales por parte de los Estados en desarrollo con la ejecución, por parte de los países desarrollados, de sus compromisos específicos. Este principio también refleja el elemento central de la igualdad, desplazando la mayor responsabilidad a determinados Estados, por su grado de desarrollo y por su presión en el medio.

La manifestación material encuentra su justificación en el tratamiento especial de los países en desarrollo basado en las ideas de la alianza mundial, de la integración de la protección del medio ambiente y ayuda al desarrollo y del reconocimiento de las responsabilidades diferenciadas entre los países³⁶. La aceptación de una situación de partida diferente, de una diferente obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales supone aceptar, también, un diferente grado de cumplimiento³⁷.

34 Por ejemplo, la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 establece en su artículo 71 que las disposiciones de los artículos 69 y 70, relativos a los derechos pesqueros para Estados sin litoral o en una situación geográfica desventajosa, no se aplicarán en el caso de un Estado ribereño cuya economía dependa abrumadoramente de la explotación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva.

35 El reconocimiento de las circunstancias especiales que afectan a los países en desarrollo en el Protocolo de Kioto a la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 11 de diciembre de 1997, se traduce en la estructuración de diferentes compromisos. Por una parte se prevé la existencia de una serie de obligaciones generales cuyo cumplimiento compete a todas las Partes y en la limitación a los países Parte listados en el anexo I del Convenio (o anexo B del Protocolo) del cumplimiento de los compromisos relativos a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, a las fuentes y a los sumideros. También se prevé la asimetría de obligaciones entre países desarrollados y en vías de desarrollo en la Convención de las Naciones Unidas contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, de 17 de junio de 1994 (el artículo 6 prevé las obligaciones adicionales a las obligaciones generales establecidas en el artículo 4 de los países desarrollados).

36 *Vid.* Barstow Magraw, D. B., "Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual and Absolute Norms", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, pp. 69 y ss.

37 El Principio 23 de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano ya reconocía que "... en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son

La situación peculiar de determinados países también implica que sea necesaria la transferencia de tecnología y recursos financieros, así como el fortalecimiento del fomento de la capacidad dentro de ellos³⁸ con el fin de absorber los gastos incrementales derivados del cumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en los tratados internacionales. En efecto, en algunos tratados en la esfera del desarrollo sostenible se observa la tendencia a crear corrientes de recursos asistenciales, como los financieros, científicos y tecnológicos de los países industrializados a los países en desarrollo a fin de permitirles cumplir las obligaciones que les incumben con arreglo a esos acuerdos³⁹.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las desigualdades también persisten en el cumplimiento de las disposiciones de un tratado por parte de los países en vías de desarrollo, ya que su cumplimiento se encuentra condicionado a la transferencia efectiva de estos recursos, por lo que también su decisión de participar en un determinado tratado internacional en materia ambiental se condiciona a la previsión de estos recursos⁴⁰. Los mecanismos asistenciales constituyen una versión de la aplicación de la obligación de cooperar, como establece

válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo”.

38 La capacidad de los países en desarrollo para cumplir sus obligaciones internacionales depende en gran medida de que los Estados desarrollados lleven a cabo debidamente sus compromisos en materia de transferencia de recursos financieros y tecnológicos. En este sentido, éste es un aspecto que se recoge de forma expresa en el artículo 4.7 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 y en el artículo 10 del Protocolo de Kioto.

39 Por ejemplo, en el párrafo 5 del artículo 20 del Convenio sobre la diversidad biológica se establece que “las Partes tendrán plenamente en cuenta las necesidades concretas y la situación especial de los países menos adelantados en sus medidas relacionadas con la financiación y la transferencia de tecnología”. Con arreglo tanto a la Convención como al Convenio, la aplicación de medidas en los países en desarrollo depende del cumplimiento por parte de los países industrializados de sus obligaciones en cuanto a los recursos financieros y a la transferencia de tecnología.

40 El artículo 4.7 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 1992 prevé “... que las Partes que son países en vías de desarrollo lleven a la práctica efectivamente sus compromisos en virtud de la Convención dependerá de la manera en que las Partes que son países desarrollados lleven a la práctica efectivamente sus compromisos relativos a los recursos financieros y la transferencia de tecnología y se tendrá plenamente en cuenta que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son las prioridades primeras y esenciales de las Partes que son países en desarrollo”.

el Capítulo IX de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional⁴¹.

La diferente responsabilidad se intuye en otros tratados que identifican la necesidad de tener en cuenta las capacidades estatales, como las capacidades económicas y la necesidad del desarrollo económico o los medios a su disposición y sus capacidades. Este es el caso, por ejemplo, del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono de 1991 o de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 que reconoce, al respecto, la necesidad de suministrar recursos financieros suficientes, nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes con el fin de atender a las necesidades de los países en desarrollo y así poder hacer frente a la pérdida de la diversidad biológica. Sin embargo, el intento por superar las desigualdades mediante la transferencia de recursos no siempre resulta una solución para los problemas que afrontan los países en desarrollo. Es más, puede ponerse de manifiesto los efectos perversos derivados de la transferencia de recursos financieros que, en principio, se dirigen a cubrir los costes incrementales resultantes de la aplicación de tratados internacionales en materia ambiental, pero que pueden revertir a favor de los donantes. La reversión de esta financiación se produce mediante la adquisición de medios tecnológicos que poseen los países desarrollados y que los países en desarrollo adquieren con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia ambiental. En otras ocasiones, los recursos obtenidos y no sometidos a la condicionalidad ambiental se destinan al pago de la deuda externa o en beneficio de los denominados *free riders*. La pretensión de reconocer la diferencia acaba, en ocasiones, por beneficiar a quienes ostentan una mayor responsabilidad en el deterioro ambiental. La desaparición de estos supuestos beneficios o tratos preferenciales difumina la diferencia. De manera que, el único reconocimiento de la responsabilidad común resulta realmente discriminatorio beneficiando sólo a los países desarrollo: por una parte, les permite asegurar la participación de la gran mayoría de Estados para tratar problemas ambientales de su exclusivo interés y por otra, encubrir y asegurarse el control de los recursos naturales y del mercado. La necesaria participación de la mayoría de Estados

41 *Vid.* Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, Res. AGNU 2625 (XXV), de 1970.

de la sociedad internacional también tiene un efecto perverso: el mayor proteccionismo ambiental beneficia un mayor liberalismo de mercado y restringe el acceso al mismo para aquellos Estados menos desarrollados y que, precisamente, disponen de una gran riqueza natural. Además, debe considerarse que la insuficiencia de recursos para la exploración y aprovechamiento de estos recursos impide el desarrollo económico y social de estos Estados, aumenta la pobreza, el deterioro ambiental y la dependencia con los Estados desarrollados. Con todo, los mecanismos para asistir a los países en desarrollo sirven para justificar esta mayor responsabilidad de los países desarrollados pero éstos no llegan en realidad a responder, proporcionalmente, al deterioro ocasionado. El reconocimiento de la diferencia no debe suponer tan sólo la obligación de transferir determinados recursos en beneficio de los países en vías de desarrollo, sino también la garantía que éstos se destinen a la gestión de sus problemas sociales y ambientales, respetando y garantizando su derecho al desarrollo y su derecho soberano sobre los recursos naturales.

4. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA DESIGUALDAD AMBIENTAL

La existencia de regulaciones existentes en el ámbito internacional que reconocen derechos económicos, sociales y ambientales, tales como el derecho al desarrollo, a la soberanía de los recursos naturales, etc., han reforzado el contenido de la diferencia o discriminación ambiental. Por este motivo, parece conveniente identificarlos en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que garantizan derechos para los países en vías de desarrollo, pero también deberes y obligaciones de aquéllos que han contribuido mayormente al deterioro ambiental y que deben responder en mayor medida a la reparación de sus comportamientos nocivos y al compromiso de asistir a los países en desarrollo.

Las referencias implícitas de la responsabilidad común aparecen en 1949, cuando determinadas especies se consideran como de interés común de los Estados con el fin de preservar su conservación y asegurar el recurso. Otros ejemplos, comprenden las actividades en el espacio y en la luna, como “provincia de toda la humanidad”, los cursos de agua como “recurso internacional”, el patrimonio cultural y natural, como “parte del patrimonio mundial o de la humanidad en su conjunto”, la conservación de las especies silvestres, como “el bien

de la humanidad” y los fondos marinos y subsuelo, como “patrimonio común de la humanidad”⁴². La práctica estatal ha constatado, con posterioridad, la afirmación de la emergencia de un interés común expresado, por ejemplo, en la Convención sobre cambio climático de 1992, que reconoce que el cambio climático de la Tierra y sus efectos adversos son de interés común de la Humanidad. Todas estas formulaciones difieren y deben ser entendidas en el contexto y circunstancias en las que se adoptan, las atribuciones de conjunto implican la atribución de consecuencias comunes⁴³. No obstante, una de las piedras angulares del funcionamiento de la sociedad internacional y que marcaran profundamente las relaciones entre los Estados es el principio de la igualdad soberana de los Estados, como concepto de carácter formal tal como se formula en la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, en incluso en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, en 1970. En particular, esa igualdad formal, que adoptó en las relaciones económicas internacionales distintos estándares de igualdad de trato, ha reforzado la desigualdad económica existente entre unos y otros países⁴⁴. Asimismo, la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, de 1 de mayo de 1974. Sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y la más amplia cooperación entre todos los Estados miembros de la comunidad internacional, basada en la equidad y que permita eliminar las disparidades existentes en el mundo y asegurar la prosperidad de todos, esta Declaración prevé, entre otros aspectos: el trato preferencial y sin reciprocidad a los países en desarrollo, siempre que sea factible, en todas las esferas de la cooperación económica internacional cuando ello sea posible; la creación de condiciones favorables para la transferencia de recursos financieros a los países en desarrollo; la facilitación a los países en desarrollo del acceso a los adelantos de la ciencia y la tecnología modernas, la promoción de la transmisión de tecnología y la creación de una tecnología autóctona en beneficio de los países

42 Algunas referencias a este concepto se encuentran en el Tratado sobre actividades estatales sobre la luna y en otros cuerpos celestes, de 1979 y en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.

43 Kiss, A. Ch., “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, en *RCADI*, 1975, pp. 103 y ss.

44 R. Prebisch. ‘Towards A New Trade Policy for Development’ (Report by the Secretary-General of the Conference. Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development. Vol. II: Policy Statements United Nations, Geneva 23 March-16 June 1964) 7. UN Doc E/CONF.46/141.

en desarrollo, en la forma y las modalidades que convengan a su economía; el refuerzo, mediante medidas individuales y colectivas, de la cooperación económica, comercial, financiera y técnica mutua entre los países en desarrollo, principalmente, en forma preferencial; y el establecimiento de relaciones justas y equitativas entre los precios de las materias primas, los productos primarios, los bienes manufacturados y semi manufacturados que exporten los países en desarrollo y los precios de las materias primas, los productos básicos, las manufacturas, los bienes de capital y el equipo que importen con el fin de lograr un mejoramiento continuo en su insatisfactoria relación de intercambio y la expansión de la economía mundial. Esta Declaración promueve la plena y efectiva participación, sobre una base de igualdad, de todos los países en la solución de los problemas económicos mundiales en beneficio común de todos los países, teniendo presente la necesidad de lograr el desarrollo acelerado de todos los países en desarrollo y prestando al mismo tiempo particular atención a la adopción de medidas especiales a favor de los países en desarrollo menos adelantados, sin litoral e insulares, así como los países en desarrollo más gravemente afectados por las crisis económicas y los desastres naturales, sin perder de vista los intereses de los demás países en desarrollo. Asimismo prevé el derecho de cada país a adoptar el sistema económico y social, que considere más apropiado para su propio desarrollo sin sufrir como consecuencia de ello ninguna discriminación.

Posteriormente, el 12 de diciembre de 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁴⁵. Esta Carta constituye el texto más completo y sistemático en el reconocimiento y protección de los derechos económicos y sociales y refleja la concienciación de la totalidad de pueblos explotados de su situación de discriminación, como las exigencias de los mismos en orden a conseguir un orden mundial justo. En el texto se reconoce, como principio básico, el derecho a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales. En este sentido, establece que “todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como sus sistemas político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenaza externa de ninguna clase” (art. 1) y que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía

45 A través de su Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974.

plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas” (art. 2.1). También expresa el diferente trato que deben recibir los Estados en relación con su responsabilidad en la protección del medio ambiente: “La protección, la preservación y la mejora del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Las políticas ambientales de todos los Estados deben procurar la mejora y no afectar de modo adverso al desarrollo presente y futuro de los países en vías de desarrollo (...)” (art. 30) y pone más énfasis en la necesidad de que todos los Estados deben prestar especial atención a las necesidades particulares y a los problemas de los Estados menos desarrollados, a los Estados en transición y a aquellos pequeños Estados insulares en vías de desarrollo⁴⁶.

De acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece que “Para el logro de sus fines, todos los pueblos disponen libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a ningún pueblo de sus propios medios de subsistencia” (art. 1.2). En ese mismo año, la Resolución 2158/XX, de 25 de noviembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece que es un derecho inalienable de todos los países el ejercer su soberanía permanente sobre sus recursos naturales en interés de su desarrollo nacional⁴⁷, conforme

46 *Vid.* Res. AGNU 3281 (XXIX), 29, UN GAOR Supp. N°. 31, p. 50. UN-Doc. A/9631 (1974).

47 La Asamblea General también se refiere a este derecho en la Resolución 2692/XXV, sobre la explotación de los recursos para el bienestar de las poblaciones implicadas; en la Resolución 3015/XXVII, sobre el derecho a la explotación por sus propios medios y en la Resolución 2171/XXVIII, sobre la nacionalización de los recursos y regulación de los litigios según la legislación nacional. La perspectiva aportada por estas Resoluciones responde al reconocimiento de una soberanía, no sólo “permanente” sobre los recursos naturales, sino también “completa”, es decir, incluyendo el derecho del Estado de disponer de sus recursos sin límite y sin interferencia extranjera. *Vid.* Tarlock, A. D., “Exclusive sovereignty versus sustainable development of a shared resource”, en *Texas International Law Journal*, n°. 32-1, 1997, pp. 37-66; y Agius, J., “International environmental Law and State sovereignty”, en *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, n°. 3-3, 1998, pp. 269-283.

al espíritu y principios de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁸. Y también reconoce “el derecho de todos los países, y en particular de los países en desarrollo, a asegurar y aumentar su participación en la administración de empresas que trabajan, total o parcialmente, con capital extranjero y a tener una participación mayor y equitativa en las ventajas y beneficios derivados de ellas”⁴⁹.

La Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada y, solemnemente, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982 establece que la actividad humana, por sus actos o las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar la naturaleza y agotar sus recursos y, por ello, debe reconocer la urgencia que requiere el mantenimiento del equilibrio, la calidad de la naturaleza y la conservación de los recursos naturales.

El derecho al desarrollo fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986 como un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo a disfrutar de él. En este sentido, el derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales⁵⁰.

El Convenio número 169, sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, en su 76^a Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, en junio de 1989⁵¹ hace expresa mención a las ideas de igualdad y no discriminación, cuando se refiere a los derechos de los pueblos independientes a los recursos naturales existentes en sus tierras que sean objeto de especial

48 Vid. VV.AA., *Las Naciones Unidas y el Tercer Mundo*, Universidad de Barcelona, Ed. Japizua, 1971, p. 389.

49 *Ibidem*, pp. 389-390.

50 Vid. Artículo 1 de la Resolución AGNU 41/128, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986.

51 Este Convenio revisa, parcialmente, el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, número 107.

protección, comprendiendo el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Así, en el artículo 2, cuando los Estados asumen la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad, se precisa que tal compromiso deberá incluir medidas: “a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población (...)”. Mientras, su artículo 3.1, establece que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación (...)”. Al respecto, establece que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente (art. 15). Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Además, este Convenio establece que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Asimismo, cabría destacar todavía dos instrumentos internacionales. El primero es la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo el año 1972, la cual expresa, en su Principio 1, que: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar (...). A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”. Otro documento de interés es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992⁵², la cual establece, en sus principios 3, 5 y 22, respectivamente que: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. “Todos los Estados y todas las

52 *Vid.* United Nations Conference on Environment and Development, “Rio Declaration on Environment and Development”, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992) y 31 *ILM* (1992), p. 874.

personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo". "Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible".

Según el Principio 6 de la Declaración de Río se debe dar especial prioridad a la situación y las necesidades de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental, cuando establece que "Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular, los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países".

Algunos aspectos de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo se explican en otros principios de la Declaración de Río, puesto que pueden conducir a responsabilidades diferenciadas y a la asistencia financiera y técnica. La Declaración de Río formula de forma expresa el principio de "responsabilidades comunes, pero diferenciadas"⁵³ en su Principio 7 cuando reconoce

53 La "Declaración sobre la cooperación económica internacional y, en particular, la reactivación del crecimiento económico y el desarrollo de los países en desarrollo" reconoce, en su párrafo 29, que "La actual amenaza al medio ambiente afecta a todos por igual. Todos los países deberían adoptar medidas eficaces para proteger y mejorar el medio ambiente con arreglo a sus respectivas capacidades y responsabilidades, y teniendo en cuenta las necesidades concretas de los países en desarrollo. Al ser las fuentes principales de contaminación, sobre los países desarrollados recae la responsabilidad primordial de adoptar medidas adecuadas con urgencia. El crecimiento económico y el desarrollo de los países en desarrollo son fundamentales para hacer frente a los problemas de la degradación y la protección del medio ambiente. Se tendrán que encauzar nuevos y mayores recursos financieros hacia los países en desarrollo. Se deberían estudiar formas eficaces de lograr el acceso en condiciones favorables a tecnologías adecuadas desde el punto de vista del medio ambiente y la transferencia de ese tipo de tecnología en particular a los países en desarrollo, incluso en condiciones favorables y preferenciales". *Vid.* Resolución aprobada sobre la base del Informe del Comité Especial del Decimotavo Período

que “Los Estados deberán cooperar, con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”. Este principio se fundamenta en los principios de igualdad, justicia, solidaridad internacional y de desarrollo sostenible. Este principio va ser el reconocimiento más importante de la situación diferencial de los países menos desarrollados frente a los desafíos medioambientales. Su fundamentación se centra, en primer lugar, en que los Estados en vías de desarrollo desempeñan un papel muy importante en la consecución de los objetivos ambientales acordados en los tratados internacionales en materia ambiental⁵⁴; en segundo lugar, que los países industrializados o desarrollados tienen una “obligación moral” de proporcionar asistencia financiera y técnica a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo; y en tercer lugar, que los intereses que representan los países desarrollados suelen imponerse y suelen ser distintos a aquellos que defienden los países en vías de desarrollo⁵⁵. En todo caso, es lógico sostener la siguiente afirmación: la existencia de un consenso amplio sobre la naturaleza global de los

Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, S-18/3, 11ª Sesión Plenaria, de 1 de mayo de 1990, pp. 5-7.

54 En este sentido, el Preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 reconoce “... que todos los países, especialmente los países en desarrollo, necesitan tener acceso a los recursos necesarios para lograr un desarrollo económico y social sostenible y que los países en desarrollo para avanzar hacia esa meta, necesitarán aumentar su consumo de energía, teniendo en cuenta las posibilidades de lograr una mayor eficiencia energética y de controlar las emisiones de gases de efecto invernadero en general, entre otras cosas mediante la aplicación de nuevas tecnologías en condiciones que hagan que esa aplicación sea económica y socialmente beneficiosa”. Vid. Gupta, J., *The Climate Change Convention and Developing Countries: From Conflict to Consensus?*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

55 También el Preámbulo de la Convención sobre cambio climático de 1992 que reconoce “... que los Estados deberían promulgar leyes ambientales eficaces, que las normas, los objetivos de gestión y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican y que las normas aplicadas por algunos países pueden ser inadecuadas y representar un costo económico y social injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

problemas ambientales, supone necesariamente reconocer también la naturaleza global de la pobreza y del desarrollo. Los países en vías de desarrollo sólo podrán llevar a cabo políticas efectivas de protección ambiental, siempre y cuando se tengan presentes sus respectivas necesidades económicas⁵⁶.

La inclusión del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en los tratados internacionales de protección ambiental ha permitido reforzar la orientación jurídica o normativa, más allá de una caracterización política propia de las disposiciones contenidas en declaraciones. La previsión del principio como norma convencional permite confirmar un cierto grado de juridicidad suficiente como para poder ser expresivo de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos de Derecho internacional⁵⁷.

También es importante tener en cuenta el Principio 9 que establece que “Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos, tecnológicos e, intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas e innovadoras”⁵⁸. Además, el Principio 11 recuerda que “los Estados

56 En la “Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional” ya se reconocía que los beneficios del progreso tecnológico no son compartidos equitativamente por todos los miembros de la comunidad internacional. Los países en desarrollo, que constituyen el 70% de la población mundial, reciben únicamente el 30% de los ingresos mundiales. Según esta Declaración, ha resultado imposible lograr un desarrollo uniforme y equilibrado de la comunidad internacional con el actual orden económico internacional. La disparidad entre los países desarrollados y los países en desarrollo continúa aumentando, en un mundo regido por un sistema que se estableció en una época en que la mayoría de los países en desarrollo ni siquiera existían como Estados independientes y que perpetúa la desigualdad. *Vid.* Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, *cit. supra*.

57 Brown Weiss afirma que “...a pesar de su carácter no vinculante, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas ha incidido significativamente en el discurso internacional” (traducción propia). *Vid.* Brown Weiss, E., “Common but Differentiated Responsibilities in Perspective”, en *ASIL Proceedings*, n.º. 96, 2002, pp. 366 ss.

58 La “Declaración sobre la cooperación económica internacional y, en particular, la reactivación del crecimiento económico y el desarrollo de los países en desarrollo” establece que “La capacidad científica y tecnológica es cada vez más importante para el desarrollo de los países en desarrollo. Los países desarrollados y las organizaciones internacionales deberían apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo por crear y desarrollar capacidades endógenas en esa esfera”, *cit. supra*, párrafo 28, p. 6.

deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

En el contexto regional, es necesario destacar la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, el 27 de junio de 1981⁵⁹, en cuyo artículo 21 se establece que “1. Los pueblos tienen la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales”. El artículo afirma que este derecho se ejercerá en interés exclusivo de las poblaciones y sin que éstas puedan ser privadas de su ejercicio. El derecho a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales se ejercerá sin perjuicio de la obligación de promover una cooperación económica internacional fundada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios de Derecho internacional. En este sentido, los Estados Parte en esta Carta se comprometen, tanto individual como colectivamente, a ejercer el derecho a la libre disposición de sus riquezas y de sus recursos naturales, con vistas a reforzar la unidad y solidaridad africanas. Las Partes también asumen el compromiso de eliminar todas las formas de explotación económica extranjera, especialmente, aquélla practicada por los monopolios internacionales, con el fin de prevenir a la población de cada país beneficiarse, plenamente, de las ventajas provenientes de sus recursos nacionales. En caso de despojo, la Carta prevé que el pueblo despojado tiene derecho a la legítima recuperación de sus bienes, así como a una indemnización adecuada.

Además de los instrumentos jurídicos internacionales generales, de ámbito universal y/o regional, el reconocimiento expreso de la desigualdad se ha producido otros tratados e instrumentos jurídicos. Ejemplos de esta diferenciación se encuentran en el Protocolo de componentes orgánicos volátiles de 1991, que prevé las partes especifiquen una de las tres diferentes formas de alcanzar la reducción y en la Convención sobre cambio climático reconoce las necesidades y circunstancias especiales de los países en vías de desarrollo, en especial, aquellas particularmente vulnerables a los

59 Vid. OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev5, 21 *ILM* 58 (1982), entrada en vigor el 21 de octubre de 1986.

efectos adversos del cambio climático⁶⁰ y cita, expresamente, el principio en su artículo 3.1⁶¹. Estos tratados internacionales relativos al medio ambiente también hacen referencia a la obligación de los países industrializados de contribuir en los esfuerzos de los países en vías de desarrollo a alcanzar el desarrollo sostenible y a asistirlos en la protección del medio ambiente global⁶². Esta asistencia puede comprender, además de la negociación y la consulta, la asistencia financiera, la transferencia de tecnología ambientalmente racional y la cooperación a través de las organizaciones internacionales. Éste es un aspecto contenido de forma expresa en el artículo 4.7 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 y en el artículo 10 del Protocolo de Kioto⁶³.

En otros tratados, si bien no se explicita la desigualdad, se pone de manifiesto de forma implícita, haciendo referencia también a la complejidad económica y tecnológica que conlleva determinados aspectos de la regulación ambiental, el tipo de acciones y medidas que deben adoptar los Estados Parte en el ámbito de los tratados y la insuficiente capacidad de los países en desarrollo para imponer compromisos a los países en desarrollo en un contexto bilateral pueden generar una nueva forma de dependencia económica respecto a los Estados desarrollados y, en particular, de las grandes sociedades multinacionales. Referencias implícitas a la diferente responsabilidad existen en diferentes tratados internacionales de protección ambiental

60 Por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 9 de mayo de 1992 tiene en cuenta "... las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención" (art.3.2).

61 En concreto prevé que "Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. (...)".

62 Por ejemplo, la Convención de Viena de 1985 sobre la protección de la capa de ozono; o su Protocolo de Montreal de 1987 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, con sus enmiendas de Londres de 1990 y de Copenhague de 1992; la Convención sobre cambio climático y el Convenio sobre diversidad biológica, ambos de 1992.

63 *Vid.* Harris, P. G., "Common but differentiated responsibility: the Kyoto Protocol and United States Policy", en *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 7, 1999, pp. 27-48.

como, por ejemplo, en la Convención de Londres de 1972, de 29 de diciembre de 1972, sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, que prevé la adopción de medidas por las Partes “de acuerdo con sus capacidades económicas, científicas y técnicas”. Las necesidades especiales de los Estados en vías de desarrollo son expresamente reconocidas en el artículo 11.3 del Convenio de Barcelona, de 16 de febrero de 1976, de protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación y en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar de 1982, donde se establece que se tendrán en cuenta las circunstancias particulares, sus necesidades específicas y sus circunstancias especiales o sus condiciones especiales y el hecho que el desarrollo económico y social, así como la erradicación de la pobreza son cuestiones prioritarias para los países en vías de desarrollo. No obstante, resulta de interés centrar la atención en los tres ámbitos sectoriales donde más manifestaciones se han producido de la desigualdad, ya sea como concepto generador como de la discriminación positiva y negativa, es decir, el cambio climático, la diversidad biológica y el traslado transfronterizo de residuos peligrosos.

En términos prácticos, en todos ellos se produce el reconocimiento del trato diferencial y su aplicación práctica en los tratados internacionales en materia ambiental tiene, al menos, dos consecuencias. La primera, se dirige al establecimiento de diferentes estándares que implica la imposición de diferentes obligaciones a los Estados. Y la segunda, supone o puede requerir que los Estados implicados a participar en las medidas adoptadas en respuesta internacional a los problemas ambientales.

4.1. El reconocimiento de la justicia diferencial ante el cambio climático

En la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 (CMNUCC) se afirma el reconocimiento de la situación diferencial de los países menos desarrollados⁶⁴. En su Preámbulo se constata esta realidad y la responsabilidad desigual en la generación del problema, al afirmar que los países desarrollados tienen la responsabilidad histórica por dichas emisiones, y al sostener que ellos deben tomar la iniciativa para combatir el cambio climático.

64 United Nations Framework Convention on Climate Change (9 May 1992) 1771 UNTS 107, (1992) 31 *ILM* 851.

En concreto, hace referencia expresa a que "... tanto históricamente como en la actualidad, la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero del mundo, han tenido origen en los países desarrollados, que las emisiones per cápita en los países en desarrollo son todavía relativamente reducidas y que la proporción del total de emisiones originada en esos países aumentará para permitirles satisfacer sus necesidades sociales y de desarrollo". En este mismo preámbulo, se reconoce también que "... la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas". Además se afirma "... que las respuestas al cambio climático deberían coordinarse de manera integrada con el desarrollo social y económico con miras a evitar efectos adversos sobre este último, teniendo plenamente en cuenta las necesidades prioritarias legítimas de los países en desarrollo para el logro de un crecimiento económico sostenido y la erradicación de la pobreza". Este sería el reconocimiento a nivel jurídico de la existencia de la llamada "deuda climática", cuya corrección se traduce en compromisos desiguales para las Partes y medidas de compensación para aquellos países que sin ser responsables, sufren las consecuencias del cambio climático.

La regulación de compromisos desiguales consiste, en el ámbito del régimen del cambio climático, en el tratamiento desigual de las obligaciones de reducción de emisiones, desarrollado en el Protocolo de Kioto, donde los únicos países que adquieren compromisos obligatorios de reducción de gases de efecto invernadero son los países desarrollados, comprendidos en el Anexo I de dicho Protocolo. Con el fin de cumplir con las obligaciones de reducción, el Protocolo establece los "mecanismos de flexibilidad", es decir, el mercado de emisiones (artículo 17), la aplicación conjunta (artículo 6) y el mecanismo de desarrollo limpio (artículo 12).

Los mecanismos basados en proyectos, en particular la aplicación conjunta y el mecanismo para un desarrollo limpio son importantes para alcanzar los objetivos de reducir las emisiones globales de gases de efecto invernadero y aumentar la eficacia en términos de costes⁶⁵. En el ámbito internacional, estos mecanismos se dirigen a

65 En los Acuerdos de Marrakesh de 2001, los gobiernos adoptaron un conjunto de decisiones relativas a estos mecanismos de cooperación, así como recomendaciones

la promoción del desarrollo sostenible mediante el incremento de asistencia y recursos financieros para los Estados en vías de desarrollo y en transición, porque proporcionan un intercambio de intereses favorables tanto para el desarrollo, como para la protección del medio ambiente. Centrando la atención en mecanismo para un desarrollo limpio (MDL), el propósito es doble: por una parte, asistir a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr el desarrollo sostenible y por otro lado, a contribuir a lograr el objetivo último de la Convención marco sobre cambio climático, así como ayudar a las Partes incluidas en el Anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones. No obstante, en la práctica la efectividad real ha quedado cuestionada por demostrar ser un instrumento que lejos de contribuir con el desarrollo sostenible de países menos desarrollados, ha propiciado un déficit ecológico adicional a la deuda climática ya existente. La promoción de proyectos con un considerable impacto ambiental y social no ha compensado, ni mucho menos, los gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera. Así, para que el MDL promueva exitosamente el desarrollo sostenible y la protección del clima, debe excluir ciertos tipos de proyectos como: proyectos forestales ("sinks"); grandes proyectos hidroeléctricos (más de 10 MW); proyectos hidroeléctricos que no cumplan con los criterios de la Comisión Mundial sobre Embalses; y proyectos energéticos con carbón mineral.

Además de los mecanismos de flexibilidad, el artículo 4 de la CMNUCC supone que los Estados más industrializados suministrarán a los países en vías de desarrollo cooperación en tecnología, transferencia y conservación de sumideros de carbono y adaptación. El Plan de Acción de Bali acordado en 2007 también reiteró la importancia de la transferencia de nuevos fondos adicionales transparentes, cuantificables y comprobables. Se consideran "nuevos fondos" puesto que son adicionales a los objetivos oficiales de ayuda al desarrollo del 0,7% del PIB. En este sentido, la propuesta de crear un "Fondo Verde para el Clima" (FVC) para compensar los daños que sufren los países menos industrializados por las emisiones históricas y actuales de los más industrializados se aprobó en el 17º período

para la primera Conferencia de las Partes. *Vid.* Report of the 7th Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on the Climate Change (Marrakesh, 29 Oct.-10 Nov. 2001) UN Doc FCCC/CP/2001/13/Add.2.

de sesiones de la Conferencia de las Partes (CoP 17) celebrada en Durban en 2011⁶⁶.

4.2. El reconocimiento de justicia diferencial en la protección de la biodiversidad

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁶⁷, de 5 de junio de 1992, firmado por 193 Estados, es el primer tratado en afirmar los derechos soberanos de los países a regular el acceso a sus recursos biológicos, con el consentimiento informado como elemento central⁶⁸. El CDB es un instrumento de Naciones Unidas, que persigue la conservación de la vida en la Tierra en todos los aspectos: genético, de poblaciones, de especies, de hábitat y de ecosistemas. Es decir, pretende “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (Art. 1). Este artículo establece tres objetivos principales: a) La conservación de la diversidad biológica; b) La utilización sostenible de los componentes de la biodiversidad; y c) La distribución, de manera justa y equitativa, de los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo, de los recursos genéticos. Los aspectos más importantes del CDB son: la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales asociados a la biodiversidad (art. 8j) y la regulación del acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios derivados de su utilización (ABS-en sus siglas en inglés: Access and Benefit Sharing; art. 15).

66 Si bien parecía ser que el FVC se iba a convertir en el principal fondo para financiar la lucha contra el cambio climático, con la movilización de 100 000 millones de USD para la protección ambiental y la adaptación al cambio climático a partir de 2020 en beneficio de los países menos desarrollados, las naciones industrializadas solo se han comprometido a transferir 30 mil millones de dólares, en concepto de préstamo en lugar de donaciones, y priorizando la financiación para la reducción de emisiones de las economías emergentes a las necesidades de adaptación a los efectos del cambio climático de los países menos desarrollados.

67 Convention on Biological Diversity (5 June 1992) 1760 UNTS 79, (1992) 31 *ILM* 822.

68 El artículo 15(1) del CDB establece que “En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estado sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los Gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”. Y en su párrafo quinto reconoce que “El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos a menos que esa Parte decida otra cosa”.

Contraviniendo lo establecido en este Convenio, las actividades de biopiratería también vulneran normas como el derecho soberano a los recursos naturales, el principio de quien contamina paga, el derecho al consentimiento libre, previo e informado,... Todas las actividades constitutivas de biopiratería se nutren también de la violación del derecho a ser informados y a participar en los temas ambientales, impidiendo otorgar el consentimiento previo, libre e informado que debe preceder en cualquier actividad que suponga la posibilidad de acceder, utilizar y beneficiarse de recursos naturales ajenos. Al respecto, es importante tener en cuenta el componente ambiental, pero también social, de la protección de la biodiversidad frente a la biopiratería, en la medida que la mayor parte de la biodiversidad existente en el planeta condiciona el modo de vida de poblaciones indígenas, cuya subsistencia depende, directamente, de la naturaleza. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007⁶⁹ contiene varios artículos relacionados con el desarrollo sostenible y el aprovechamiento de los recursos naturales y la biodiversidad, siendo el más importante el Artículo 29, que proclama que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos, mientras que los Estados deben: establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna; adoptar medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado; adoptar medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Sin duda, sobre esta cuestión, el texto de mayor trascendencia potencial para los pueblos indígenas es el *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*, adoptado por la Conferencia de los

69 UNGA Res. 61/295 (13 Sept. 2007). UN Doc A/RES/ 61/295. La Declaración fue aprobada con 144 votos a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y EE.UU) y 11 abstenciones (Azerbaijón, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, la Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

Estados Parte en Nagoya, el 29 de octubre de 2010⁷⁰, en la que medida en que aborda la cuestión de las condiciones de acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas cuando dichos conocimientos están relacionados con recursos genéticos, en conexión con el objetivo del Convenio sobre la diversidad biológica, relativo a la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya parte de la “interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades” y tiene presentes a las comunidades indígenas a lo largo de todas sus disposiciones, en particular cuando requiere la obtención del “consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos” así como para el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los mismos (Artículos 6.2 y 7)⁷¹.

En relación con los derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o también conocido por su

70 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilisation to the Convention on Biological Diversity (29 October 2010, not yet in force). CBD Decision 10/1, UN Doc UNEP/CBD/COP/10/27 (20 January 2011).

71 También se refiere específicamente a los pueblos indígenas en cuanto a la regulación nacional de su participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados a los mismos (art. 5(2) & (5)), a los supuestos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas en distintos Estados partes (Artículo 11), a la información sobre las condiciones de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los mismo (arts 12, 13 y 14), al cumplimiento de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos (art 16), a las medidas de concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios (art 21), y a la capacitación y los recursos financieros (arts 22 y 25).

acrónimo en inglés como TRIPs)⁷², anexo al Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tiene consecuencias importantes en el sector de la industria biotecnológica. Esta normativa procura uniformizar los criterios de protección a la propiedad intelectual en el ámbito mundial, regulando los derechos mínimos de los que debe gozar el titular de los derechos de los que se trate. El mismo abarca todos aquellos aspectos que sean objeto de propiedad intelectual: los derechos de autor, marcas de fábrica o comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales y patentes de invención. Las Partes en el Acuerdo sobre los ADPIC pretenden otorgar incentivos a la innovación mediante la reserva de beneficios económicos derivados de esta innovación, para aquella persona cuyo esfuerzo intelectual haya hecho posible la innovación. El ADPIC, a diferencia del CDB que reconoce a los Estados derechos soberanos sobre sus recursos biológicos, pretende regular los derechos de propiedad intelectual privados para promover el libre comercio. En este sentido, surge la paradoja en el ordenamiento jurídico internacional: el CDB tiene como objetivo la conservación, el uso sostenible de la biodiversidad y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos, mientras que los ADPIC promueven la propiedad intelectual de las innovaciones, la protección y la observancia de estos derechos. Una fórmula tradicional para ello es la de la patente, pero los Estados tienen diferentes regímenes jurídicos sobre estos procesos para los casos de invenciones y para los susceptibles de ser patentados. Esta previsión otorga a los Estados libertad para excluir plantas, animales y procesos biológicos de la patentabilidad y deben proveer en todo caso, una protección efectiva a las variedades de plantas, por ejemplo, en el caso del esfuerzo intelectual llevado a cabo para desarrollar una nueva variedad de planta.

El Acuerdo sobre los ADPIC exige que los Estados miembros otorguen patentes en todos los campos de la tecnología, sean de producto o de proceso, con exclusión de los métodos terapéuticos y de diagnóstico para el tratamiento de humanos y animales; y las invenciones cuya explotación comercial debe ser prevenida para proteger el orden público, la moral o que puedan causar perjuicios a la salud humana, animal o vegetal y al ambiente y se añade que

72 *Vid.* OMC, Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP's) Marrakesh, 15 de abril de 1994.

“las obtenciones vegetales deben ser objeto de protección mediante patente o mediante un sistema especial”⁷³. El problema principal es que aunque la protección por patente puede acarrear beneficios sociales a través del descubrimiento de nuevos medicamentos, las normas del Acuerdo sobre los ADPIC se derivan de las de los países industrializados y no son necesariamente las más adecuadas al nivel de desarrollo de todos los países. Por este motivo, deben tenerse en cuenta los intereses de salud pública a la hora de aplicar el Acuerdo de tal modo que sus objetivos nacionales de protección de la propiedad intelectual sean también consonantes con los otros sectores de la actividad del Estado que éste considere necesarios, siempre que ello no signifique contravención del Acuerdo.

Los ADPIC, basado en la protección de un sistema monopólico de propiedad intelectual o de patentes a las variedades vegetales⁷⁴, afectan especialmente los derechos de pueblos indígenas, que han conservado el conocimiento acumulado sobre las propiedades alimenticias, medicinales y espirituales de las plantas y animales que los rodean y que a partir del otorgamiento de una patente restringe su uso tradicional y anula los derechos básicos de estas poblaciones locales a utilizar sus recursos naturales. En este sentido, si bien el CDB reconoce el valor del conocimiento tradicional, las innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, los ADPIC sólo reconocen como inventivo y digno de la protección de las patentes aquello que es considerado nuevo, útil y con aplicación industrial. Con el fin de evitar esta realidad, algunos países en desarrollo procuran que se aplique el CDB, que exige a quien pretenda patentar material genético, el origen y el consentimiento previo del país o comunidad local de donde fue obtenido el mismo.

73 El artículo 27.3 del Acuerdos sobre los ADPIC establece que “Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: (...) b) las plantas y los animales excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste”. La instrumentación de este artículo 27.3 (b) sigue siendo uno de los temas más controvertidos en el seno de la OMC.

74 Una alternativa a los derechos de propiedad intelectual sobre las plantas es el reconocimiento de los “derechos del obtentor”, tal y como se definen en los Convenios de 1978 y 1991 de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

Además, el CDB reconoce que el uso de recursos genéticos debe implicar un reparto justo y equitativo de los beneficios obtenidos en condiciones mutuamente acordadas, mientras que los ADPIC no contemplan el reparto de beneficios entre el titular de la patente y el país de origen de los recursos o del conocimiento tradicional utilizados, ni tampoco hay alguna disposición que exija el consentimiento fundamentado previo del país de origen ni de la comunidad indígena o propietaria del conocimiento, innovación o práctica tradicional utilizado. Estas son cuestiones contradictorias que, sin duda, repercuten en la vulneración del trato diferencial que debe preferirse de forma justa a los países menos desarrollados.

4.3. El reconocimiento de la justicia diferencial en el traslado transfronterizo de residuos tóxicos

El reconocimiento de la desigualdad respecto a la gestión y eliminación de los vertidos de residuos tóxicos en los denominados “paraísos ambientales”, es decir, países con salarios más bajos se produjo con la Convención de Basilea para el control de los movimientos transnacionales de los residuos tóxicos peligrosos y su eliminación, adoptada en 1989 y en vigor desde 1992⁷⁵. La Convención fue creada para tratar las preocupaciones sobre la gestión, la eliminación y los movimientos transfronterizos de un estimado de 400 millones de toneladas de desechos peligrosos que son producidos mundialmente cada año. Su objetivo es reducir el volumen de los intercambios de residuos con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente estableciendo un sistema de control de las exportaciones e importaciones de residuos peligrosos así como su eliminación, sobre la base que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos deben: ser reducidos al mínimo; gestionados de un modo ambientalmente racional; tratados y eliminados lo más cerca posible de la fuente que los generó; y ser minimizados en su origen.

El Convenio, actualmente con 178 partes, contempla como obligaciones generales: la prohibición de la exportación o importación de residuos peligrosos y otros residuos con destino a o procedentes un Estado que no sea parte del Convenio; la prohibición de la exportación de residuos si el Estado de importación no ha dado por escrito su aprobación específica para la importación de estos residuos;

⁷⁵ Basel Convention on the Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal (22 March 1989) 1673 UNTS 57, (1989) 28 ILM 649.

la comunicación a los Estados afectados la información sobre los movimientos transfronterizos propuestos por medio de un formulario de notificación a fin de que puedan evaluar las consecuencias de los movimientos de que se trata para la salud humana y el medio ambiente; la autorización de los movimientos transfronterizos de residuos únicamente cuando su transporte y eliminación estén exentos de peligro; la obligación de embalar, etiquetar y transportar los residuos con arreglo a las normas internacionales e ir acompañados de un documento de movimiento desde el lugar de origen del movimiento hasta el lugar de eliminación; y la posibilidad de que toda parte del Convenio podrá imponer condiciones suplementarias siempre y cuando sean compatibles con el Convenio.

Este Convenio fue criticado inicialmente por grupos ambientalistas que consideraban que dicho acuerdo era incapaz de llevar a cabo una prohibición efectiva a la exportación masiva de residuos a los países no industrializados y/o empobrecidos con legislaciones mucho más débiles. Además del hecho de que Estados Unidos, el principal productor de basura tóxica del mundo, no sea firmante del Convenio limita notablemente los alcances del mismo. No obstante, en 1995, en la tercera Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea (COP 3), celebrada en Ginebra, adoptó, mediante la Decisión III/1, una enmienda al Convenio para prohibir toda exportación de desechos peligrosos para su eliminación final y reciclado desde los conocidos como países del anexo VII (Partes en el Convenio de Basilea que son miembros de la UE y la OCDE, así como Liechtenstein) hacia países no incluidos en ese anexo VII (todas las demás Partes en el Convenio), en lo sucesivo denominada "Enmienda sobre la Prohibición"⁷⁶. El problema que se planteó fue en relación a su entrada en vigor, puesto que según el artículo 17 del Convenio, la entrada en vigor de las enmiendas se produce tras la ratificación de al menos tres cuartos de los Estados Parte "que las aceptaron". Sin embargo, en ese momento existieron diferentes

76 La Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 1996/14 relativa a "Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos", acogió con satisfacción la decisión adoptada por los Estados Partes en el Convenio de Basilea de introducir esta enmienda al Convenio e instó a todos los Estados Partes en el Convenio de Basilea a ratificar la enmienda para facilitar su pronta entrada en vigor. Disponible en línea en: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bf1e61b20897192b8025668a0057c3d4?Opendocument> (acceso el 15 de abril 2013).

interpretaciones sobre el número de ratificaciones necesarias para que la prohibición entrara en vigor, ya que algunas Partes sugerían que el número debería ser mayor que 62 Partes, que es tres cuartos de las Partes en el momento de la adopción de la Enmienda de Prohibición. Hasta la fecha, la Enmienda de Prohibición fue ratificada por 71 Partes. No es hasta la décima reunión de la Conferencia de las Partes, celebrada en 2011 en Cartagena, Colombia, que se determina que la “Enmienda sobre la Prohibición” entrará en vigor cuando 17 Partes más ratifiquen la enmienda⁷⁷.

Asimismo, sobre la base del Principio 13 de la Declaración de Río, se adoptó, en 1999, el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, con el objetivo de establecer un régimen global de responsabilidad e indemnización pronta y adecuada por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito de esos desechos.

A pesar de estos acuerdos, en la actualidad, se siguen llevando a cabo prácticas, como son el desmantelamiento de barcos, el reciclaje de los aparatos eléctricos y electrónicos, la incineración de plásticos, la creación de piscinas de ácido y el vertido incontrolado en las áreas rurales de países con legislación más débil. Los países industrializados producen cerca del 80% de los 400 millones de toneladas de basura tóxica generados anualmente en el mundo, y de esa proporción exportan el 10%, en su gran mayoría a países subdesarrollados con grandes necesidades económicas. Todas estas actividades no solo vulneran, en la mayor parte de los casos, el Convenio de Basilea, sino también los principios del desarrollo sostenible, en concreto: del principio de quien contamina paga, en tanto el generador de la contaminación, en este caso el residuo, no internaliza los costes de su gestión y/o eliminación; del principio de prevención, por el daño ambiental que supone el traslado y depósito no autorizado de residuos especialmente tóxicos, afectando la salud y bienestar de las poblaciones receptoras; y del principio de consentimiento libre,

⁷⁷ Esta decisión fue posible gracias a la “Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza (CLI) para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea”, presentada a la Secretaria del Convenio y que permitió la adopción de la Decisión general sobre la CLI de Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea (UNEP/CHW.10/CRP.25).

previo e informado, como manifestación del principio de información y participación ambiental.

Por el conjunto de exportaciones de residuos los países industrializados han adquirido una deuda con los no industrializados que debe ser reconocida y pagada. La cuantificación de esta deuda es difícil de calcular, pero si se calcula el coste que supone para una economía “desarrollada” el reciclado y depuración de los residuos sólidos y aguas contaminadas, tanto a nivel monetario y energético, seguramente nos daremos cuenta de que la flexibilidad de las normas y restricciones de los países con niveles económicos menores para atraer la inversión extranjera, también se justifica por el interés de los países contaminantes para sostener su nivel de crecimiento económico y aumentar la rentabilidad de sus procesos productivos. De nuevo, el desarrollo sostenible parece ser un espectro ante la realidad cotidiana de muchos países.

CONCLUSIONES

La discriminación ambiental se acentúa en los sectores más pobres, vulnerables y marginados de la población, esta realidad trasladada al ámbito internacional conlleva el reflejo de determinadas desigualdades en relación al aprovechamiento de los recursos naturales, pero sobre todo en relación a los impactos derivados de la degradación ambiental que se convierte en una carga para los países más vulnerables, es decir, aquéllos menos desarrollados y con menores capacidades de prevenir y enfrentar las consecuencias de esta desigualdad ambiental internacional.

La desigualdad no solo es negativa, sino que permite aceptar la existencia de una diversa contribución en la degradación ambiental y en consecuencia una diferente responsabilidad. La contribución desigual deriva de la situación especial en que se encuentran los países en vías de desarrollo, la menor capacidad tecnológica para hacer frente a los impactos o riesgos ambientales, junto con sus necesidades más apremiantes, como la pobreza o el hambre, contribuye a una consideración más flexible en el grado de exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de protección del medio ambiente. La vulnerabilidad económica, social y ambiental de estos países reclama no sólo cierta flexibilidad en el cumplimiento, sino también la asistencia necesaria para lograrlo.

La discriminación positiva permite reconocer la mayor responsabilidad de aquellos países, generalmente con un mayor grado de desarrollo que han contribuido en mayor medida a la degradación del medio ambiente y que, por lo tanto, deben responder en la misma proporción. La mayor responsabilidad se traduce en la promoción la igualdad sustancial entre países con diferente grado de desarrollo mediante el reconocimiento jurídico de la diferencia.

La aplicación del principio de quien contamina paga y el de responsabilidades comunes, pero diferenciadas sería teóricamente suficiente para dilucidar jurídicamente las responsabilidades, compromisos y compensaciones necesarias para ajustar las diferencias discriminatorias negativas. No obstante, la fuerza jurídica de estos principios, aunque exista una aceptación generalizada de los mismos a nivel internacional, no son suficientes por si solos para concretar las consecuencias jurídicas pertinentes.

Así, el reconocimiento implícito en los tratados internacionales, especialmente los relativos a la protección ambiental, ha consistido o bien en relación con la responsabilidad común o bien con la diferente responsabilidad de los Estados, haciendo alusión a las especificidades de los Estados, desde el punto de vista de su respectiva situación económica, social y ambiental. De ahí que se haya avanzado en el reconocimiento de la asimetría de obligaciones jurídicas y en la transferencia de recursos a favor de aquéllos Estados que menos han contribuido a generar el problema ambiental, pero no así en el reconocimiento directo y de la diferente responsabilidad de la contribución de los Estados desarrollados a los problemas ambientales globales y la ventaja económica competitiva obtenida a lo largo de los años.

En consecuencia, la necesidad de reflejar las diferencias en el nuevo contexto de la globalización económica en las relaciones internacionales, al margen de sus posibles efectos positivos, ha consistido en evitar aún más el incremento de las disparidades entre países desarrollados y los países en vías de desarrollo y el aumento de la vulnerabilidad de diversos valores sociales, culturales, ambientales y económicos de los países con un menor grado de desarrollo y con una menor capacidad para formar parte de este mercado globalizado.

El compromiso y la cooperación entre los diferentes países, considerando a su vez la diferente capacidad de los países en desarrollo para cumplir sus obligaciones internacionales, depende no

sólo de la previsión de la flexibilización jurídica, sino también y en gran medida del compromiso de los Estados desarrollados de llevar a cabo debidamente sus obligaciones en materia de transferencia de recursos financieros y tecnológicos, asumiendo las correspondientes responsabilidades históricas y presentes en el deterioro del medio ambiente. Solo con la realización de estas premisas pueden superarse las discriminaciones ambientales para el logro de la justicia ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEOLA, F. O., 'From Colonialism to Internal Colonialism and Crude Socio-Environmental Injustice: Anatomy of Violent Conflicts in the Niger Delta of Nigeria' en F. CHIOMA STEADY (ed), *Environmental Justice in the New Millenium: Global Perspectives on Race, Ethnicity, and Human Rights*, Palgrave Macmillan, New York 2009.

AGIUS, J., "International environmental Law and State sovereignty", en *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, n°. 3-3, 1998.

ANAND, R., *International Environmental Justice: A North-South Dimension*, Ethics and Global Politics, Ashgate, Aldershot 2004.

BARSTOW MAGRAW, D., "Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual and Absolute Norms", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 1, 1990.

BROWN WEISS, E., "Environmental Equity and International Law", en LIN, S. (ed.), *UNEP's New way Forward: Environmental Law and Sustainable Development*, 1995.

"Common but Differentiated Responsibilities in Perspective", en *ASIL Proceedings*, n°. 96, 2002.

CLAPP, J., "Dumping on the Poor: The Toxic Waste Trade with Developing Countries", Paper No. 5, Cambridge, UK: Universidad de Cambridge, Programa de Seguridad Global, 1994.

CULLET, P., "Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations", en *EJIL*, vol. 10, n°. 3, 1999. *Differential Treatment in International Environmental Law*, Ashgate, Hants, 2003.

CHAUHAN, S. S. (ed.), *Biodiversity, biopiracy and biopolitics*, Delhi, 2001.

CHIOMA STEADY, F., *Environmental justice in the new millennium: global perspectives on race, ethnicity, and human rights*, Palgrave Macmillan, New York etc. 2009.

CHOWDHURY, S. R., "Common but Differentiated State Responsibility in International Environmental Law: From Stockholm (1972) to Rio (1992)", in GINTHER, K. *et al.* (eds.), *Sustainable Development and Good Governance*, Nijhoff, Dordrecht, 1995.

DO NASCIMENTO E SILVA, G. E., "Pending Future of the International Law of the Environment", en DUPUY, R. J. (ed.), *The Future of the International Law of the Environment*, Nijhoff, Dordrecht, 1985.

DOBSON, A., *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, OUP, Oxford 1998.

DURNIN, A. B., "Apartheid's Environmental Toll", Worldwatch Paper 95, Washington, DC: Worldwatch Instituto, Mayo 1990.

FRENCH, D., "Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities", en *International and Comparative Law Quarterly*, n.º. 49, 2000.

GUPTA, J., *The Climate Change Convention and Developing Countries: From Conflict to Consensus?*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

HARRIS, P. G., "Common but differentiated responsibility: the Kyoto Protocol and United States Policy", en *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 7, 1999.

KITT, J. R., "Waste Export to the Developing World: A Global Response," *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 7, 1995.

LOW, N., GLEESON, B., *Justice, Society, and Nature: An Exploration of Political Ecology*, Routledge, London 1998.

NOLLKAEMPER, A., 'Sovereignty and Environmental Justice in International Law' en J. EBBESSON Y P. OKOWA (eds), *Environmental Law and Justice in Context*, CUP, Cambridge 2009.

O'NEIL, C. A., SUNSTEIN, C. R., "Economics and the Environment: Trading Debt and Technology for Nature", en *Columbia Journal of Environmental Law*, n.º. 17, 1992.

OKEREKE, C., *Global Justice and Neoliberal Environmental Governance. Ethics, Sustainable Development and International*

Cooperation, Routledge Research in Environmental Politics, Routledge, Abingdon 2008.

PIGRAU, A., BORRÀS, S., CARDESA-SALZMANN, A., JARIA, J., *Ejolt report 11: International law and ecological debt*, Ed. EJOLT, 2014.

RAJAMANI, L., "The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime", en *Review of European Community and International Environmental Law*, n.º. 9, 2000.

SCHLOSBERG, D., *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford University Press, Oxford 2007.

SEIL HOHENVELDERN, I., "The Third World and the Protection of the Environment", en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1979.

SHUE, H., "Global Environment and International Inequality", in *International Affairs*, n.º. 75, 1999.

SHELTON, D., 'Environmental Justice in a Postmodern World' en B. J. RICHARDSON Y K. BOSSELMANN (eds), *Environmental Justice and Market Mechanisms: Key Challenges for Environmental Law and Policy*, Kluwer, The Hague 1999.

'Describing the elephant: international justice and environmental law' en J. EBBESSON, P. OKOWA (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, Cambridge 2009).

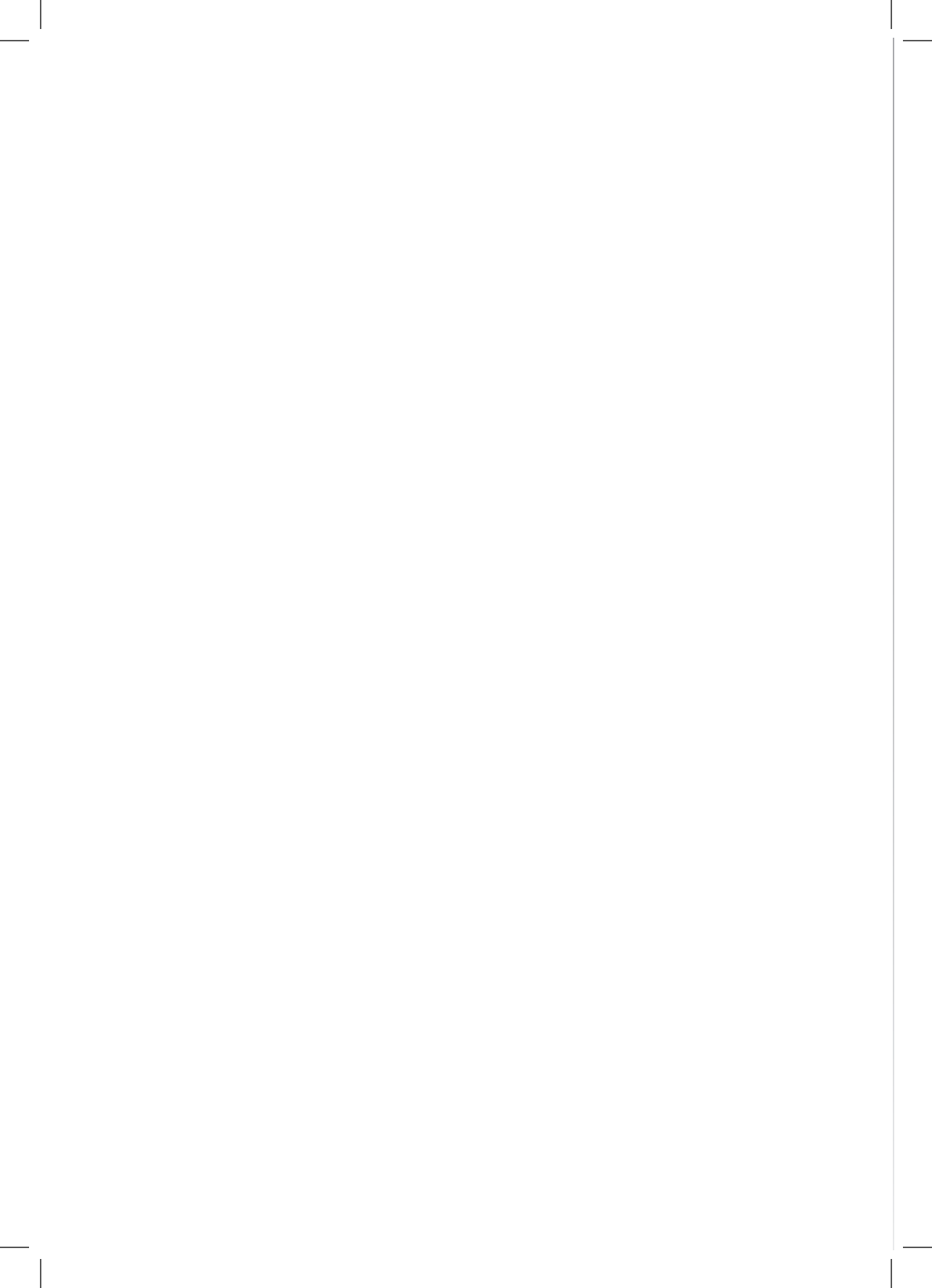
'Equitable Utilization of the Atmosphere: A Rights-Based Approach to Climate Change?' en S. HUMPHREYS (ed), *Human Rights and Climate Change*, CUP, Cambridge 2010.

SINGH, N., "Right to Environment and Sustainable Development as a Principle of International Law", en *Studia Diplomatica*, n.º. 1, 1988.

STONE, C. D., "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", en *The American Journal of International Law*, vol. 89, 2004.

TARLOCK, A. D., "Exclusive sovereignty versus sustainable development of a shared resource", en *Texas International Law Journal*, n.º. 32-1, 1997.

VERWEY, "The Principle of Preferential Treatment for Developing Countries", en *23 Indian Journal of International Law*, 1983.



EL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR ESPAÑA¹

Virginia Mayordomo Rodrigo

*Profesora; Agregada de Derecho Penal; Secretaria Académica del Instituto Vasco de
Criminología Universidad del País Vasco.*

I. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*² fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981³. España la ratificó el 16 de diciembre de 1983⁴.

A diferencia de la mayor parte de los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención únicamente contempla la técnica de control de los *informes*, por lo que esta es la obligación mínima que asumen los Estados que ratifiquen la Convención. Al margen de esa técnica de control, el Comité también formula recomendaciones generales a cargo de los Estados Partes.

Así pues, nace sin dos técnicas de control clásicas en el Derecho Internacional de los derechos humanos: las denuncias interestatales y las denuncias individuales⁵. La técnica de control de las denuncias

1 En cuanto al contenido, régimen general y examen preciso de las técnicas de control de este tratado vid. nuestro trabajo "La Lucha contra la Discriminación de la Mujer", en la obra colectiva coordinada por C. Fernández de Casadevante Romaní, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª ed., Dílex, Madrid, 2007, pp. 371-397.

2 Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

3 Entró en vigor para España el 4 de febrero de 1984. El Instrumento de Ratificación de España contiene la siguiente reserva:

"La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona".

4 BOE, nº 69, de 21 de marzo de 1984.

5 Comparte, en este sentido, la misma característica que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que tampoco incluye esta técnica de control. La misma fue objeto de un Protocolo facultativo. El mismo

individuales se traslada a un Protocolo facultativo posterior al que pudieran obligarse los Estados particularmente interesados⁶. En este Protocolo también se incluye, si bien con carácter opcional la técnica de la investigación confidencial.

Como todos los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención insta a un órgano internacional de control encargado de verificar el cumplimiento de las obligaciones que contraen los Estados Partes. Se trata del *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*.

Desde el punto de vista de su contenido, la Convención se inspira con carácter general en los mismos fundamentos que dieron lugar a la Declaración de la Asamblea General de 1967⁷ estableciendo, fundamentalmente, obligaciones de comportamiento.

La Convención se inicia con la definición, a los efectos de la misma, de la expresión “discriminación contra la mujer”. Así, de conformidad con el art. 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 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”.

A continuación, proclama la condena por los Estados Partes de la discriminación contra la mujer en todas sus formas y la adopción, “por todos los medios apropiados y sin dilaciones” de una política encaminada a eliminarla⁸.

proceder tiene lugar en relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

6 El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 6 de octubre de 1999.

7 La Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales de la ONU de 1966, siendo también tributaria del contexto socio-histórico existente en el continente africano en el momento en el que fue elaborada la Declaración de 1967: el régimen de *apartheid*, el proceso de descolonización y el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos (vid. el Preámbulo de la Convención).

8 Art. 2.

La mayor parte de las obligaciones que impone esta Convención son obligaciones de comportamiento: se obliga a los Estados artes a adoptar todo un cúmulo de “medidas apropiadas” para alcanzar el objetivo principal de la Convención: la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Persiguen la eliminación de la discriminación de la mujer en los distintos ámbitos sociales en los que la misma tiene lugar: la vida *política* (promoviendo la igualdad a la hora de votar y de ser elegible así como en lo relativo a la participación de la mujer en la vida pública⁹), la vida *social* (persiguiendo la igualdad de derechos con el hombre en materia de nacionalidad, matrimonio, empleo, atención médica¹⁰), la vida *educativa*¹¹, la vida *laboral* (con el objeto de asegurar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en materia de empleo, remuneración, derecho a la seguridad social y a la protección de la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo¹²), la vida *económica* (teniendo como fin la igualdad de derechos con el hombre en lo relativo a prestaciones familiares, obtención de préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero¹³), en la vida *cultural* (estableciendo el derecho a participar en actividades de esparcimiento y deportes, así como en todos los aspectos de la vida cultural¹⁴), y en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares¹⁵.

II. EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1999 el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*¹⁶, que entró en vigor, con carácter general, el 22 de diciembre de 2000¹⁷.

9 Art. 7.

10 Art. 12.

11 Art. 10.

12 Art. 11.

13 En el art. 13.a) y b).

14 En el art. 13.c)

15 En el art. 16.

16 Resolución 54/4, de 6 de octubre de 1999.

17 Entró en vigor para España el 6 de octubre de 2001. Vid. el texto en *BOE*, nº 190, de 9 de agosto de 2001.

Como ya he indicado, este Protocolo contiene la técnica de control de las denuncias individuales y también incluye en su articulado una técnica de control novedosa ya existente en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984¹⁸: la técnica de la investigación confidencial.

Las *denuncias individuales* tienen que ser presentadas ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁹ por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas²⁰. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo²¹.

En cuanto a la otra técnica de control –la investigación confidencial-, cuando el Comité reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información²² y podrá encargar a uno o más de los miembros del Comité que realice una *investigación*, que será confidencial. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio²³.

Todo Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherirse al Protocolo, declarar que no reconoce la competencia del Comité para iniciar una investigación²⁴.

III. EL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. EXÁMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR ESPAÑA

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se constituye con la finalidad de examinar los progresos

18 BOE, nº 268, de 9 de noviembre de 1987).

19 Art. 1 del Protocolo

20 Art. 2 del Protocolo

21 Art. 4 del Protocolo

22 Arts. 8 del Protocolo.

23 Arts. 8 y 9 del Protocolo.

24 Art. 10 del Protocolo.

realizados en la aplicación de la Convención²⁵. Sus miembros 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 nacionales²⁶.

Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un *informe* sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido²⁷.

A continuación analizaré los informes presentados por España desde 1999, aunque de acuerdo con el artículo 18 de la Convención, ha presentado informes anteriormente: en 1985, 1989, 1995 y 1998²⁸.

1. Violencia doméstica

La Convención dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos²⁹ y para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares³⁰.

En *las Observaciones Finales a los Informes periódicos 3º y 4º de España*³¹ el Comité elogia el *Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998–2000*, establecido en colaboración con los Departamentos Ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Organizaciones No Gubernamentales, que incluía actividades de sensibilización y prevención, educación y

25 Art, 17.1 de la Convención.

26 Art, 17.2 de la Convención.

27 Art. 18.1 de la Convención.

28 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 8.

29 Art. 5

30 Art. 16 de la Convención.

31 Dado que el último informe se defendió ante el Comité en julio de 1999, el 5º Informe abarca el periodo comprendido entre 1999 y 2001, incorporándose también algunas medidas y actuaciones correspondientes al año 2002.

formación, recursos sociales, sanidad, legislación y práctica jurídica e investigación³². Pero expresa su preocupación por el aumento manifiesto de la violencia en el hogar y aconseja al Gobierno que se incluyan en el programa básico de estudios de las fuerzas de orden público, con carácter obligatorio, las cuestiones relativas a la violencia en el hogar. Insta además a que tanto la investigación como la instrucción de causas por violencia en este ámbito se practiquen con el mismo rigor que en el caso de los demás delitos penales³³.

En su 5º Informe periódico³⁴, el Gobierno informó al Comité de que en España, desde 1998 hasta 2001 se ha apreciado el incremento producido motivado por las políticas y campañas desarrolladas, tanto por el Gobierno central, como por los Gobiernos autonómicos y/o actuaciones de las ONG³⁵.

Con la finalidad de atajar este grave problema, tras la promulgación del Código Penal de 1995 se han realizado diversas reformas en el mismo y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una de las más relevantes ha sido la realizada a través de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio*. Se incluye, bien como pena bien como medida de seguridad, la prohibición de aproximación a la víctima o a sus familiares en cualquier lugar donde se encuentren y de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo u otros sitios frecuentados por la víctima. Otra novedad importante es la tipificación del ejercicio de la violencia psíquica en el delito de maltrato familiar habitual y se posibilita el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima³⁶.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación de sus artículos 13 y 109, junto con la introducción de un nuevo artículo 544 bis³⁷, persiguen el objetivo de facilitar la inmediata

32 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité a los Informes periódicos 3º y 4º de España. Documento A/54/38, de 1 de julio de 1999, pp. 4 y 5.

33 *Ibid.*, pp. 4 y 5.

34 Dado que el último informe se defendió ante el Comité en julio de 1999, el 5º Informe abarca el periodo comprendido entre 1999 y 2001, incorporándose también algunas medidas y actuaciones correspondientes al año 2002.

35 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 116.

36 *Ibid.*, pp. 117 a 119.

37 También a través de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio*.

protección de la víctima en los delitos de referencia mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Asimismo, se introduce la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre la víctima o testigos menores de edad y el procesado, pudiendo utilizarse medios audiovisuales. Por congruencia con este principio, la práctica de careos, cuando los testigos sean menores de edad, pasa a tener carácter excepcional.

También cabe destacar el establecimiento de un nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos³⁸, entre los que se encuentran los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra determinadas personas que formen o hayan formado parte del ámbito doméstico³⁹.

En cuanto a la legislación autonómica, mencionar la *Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas* de Castilla la Mancha.

Durante este periodo de tiempo, cabe destacar la elaboración y puesta en marcha de los Planes contra la violencia doméstica, aprobados por el Gobierno, bajo la coordinación del Instituto de la Mujer. En su elaboración han participado diferentes departamentos ministeriales: Educación, Interior, Justicia, Sanidad, las Comunidades Autónomas a través de los Organismos de Igualdad, y la Federación de Municipios y Provincias.

El I Plan incluyó entre sus instrumentos, la sensibilización de la población en general y de las víctimas en particular, para promover en la sociedad española reacciones de “tolerancia cero” ante los actos de violencia contra las mujeres.

La evaluación de este Plan reveló que, durante su vigencia, se han incrementado notablemente los recursos disponibles a lo largo de toda la geografía española, para las mujeres víctimas de la violencia y sus hijas e hijos. Así se abrieron oficinas de servicios de Atención especializados de la policía (SAM), oficinas de Equipos de Mujer

38 Por Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

39 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 119.

y Menor de la Guardia Civil (EMUME), centros de Información y Oficinas de atención a las víctimas en los Juzgados y en las Fiscalías y nuevos Centros de Acogida, y se remitieron Circulares entre el personal de la policía para orientar a los/as profesionales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre la forma de actuar ante las situaciones de violencia⁴⁰.

Una de las actuaciones fue la elaboración y difusión de un Protocolo sanitario ante los malos tratos domésticos. Aprobado por el Consejo Interterritorial de Salud, se realizó con la colaboración de la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (SEMFYC), de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), de la Sociedad Española de Medicina General (SEMG) y de la Sociedad Española de Medicina Rural (SEMERGEM), el apoyo técnico del Instituto de la Mujer y de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, el Instituto Nacional de la Salud y algunas Comunidades Autónomas. Tiene como objetivo fijar las pautas de actuación del profesional sanitario ante una persona maltratada que acuda a consulta ya sea de urgencia, de atención primaria, de especialistas de medicina general, tanto del ámbito privado como de público.

Bajo la coordinación del Instituto de la Mujer, se elaboró el II Plan contra la Violencia Doméstica, aprobado por el Gobierno el 11 de Mayo de 2001, con vigencia entre el año 2001 al 2004. Pretende incidir en aspectos ya desarrollados en el I Plan, y propone cuatro áreas de actuación prioritaria: medidas de carácter preventivo y de sensibilización, medidas en el ámbito legal y procedimental, medidas asistenciales y de intervención social, y un área de investigación⁴¹.

Al examinar el 5º Informe periódico, el Comité advierte al Gobierno que ha recibido información fidedigna que indica que sigue existiendo en España un clima de impunidad social con respecto a los actos de violencia contra la mujer, en particular en los casos en que el resultado no sea la muerte o lesiones graves y pregunta acerca de las medidas concretas que se propone adoptar el nuevo Gobierno para abordar esta situación y en qué plazo⁴².

40 *Ibid.*, pp. 120 y 121.

41 *Ibid.*, pp. 121 y 122.

42 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.650, de 11 de febrero de 2005, par. 30.

La respuesta del Gobierno español es rotunda: no está de acuerdo con los que alegan que los perpetradores de ataques violentos contra las mujeres actúan con impunidad. Si bien los actos de violencia están tipificados en el Código Penal, se había expresado preocupación, en las ramas ejecutiva y judicial del Gobierno, porque en muchos casos los jueces, con respecto a las denuncias presentadas, imponían penas menores que no eran suficientes para poner fin a esos delitos. Por esa razón, se aprobó la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003, sobre la adopción de medidas concretas relativas a la protección de las víctimas, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros*⁴³. De acuerdo con esa ley, todo acto de violencia cometido en la familia, toda amenaza de muerte o todo acto de agresión perpetrado, aun cuando no tenga por resultado un daño físico o psicológico grave, se considera desde todo punto de vista un delito, merecedor de una pena apropiada⁴⁴. Esta ley introduce además como delito en el Código Penal la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones.

En cuanto a las medidas concretas a adoptar, se informa al Comité de las medidas adoptadas. Así, en septiembre de 2002, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General crearon el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género para ocuparse del seguimiento de las medidas adoptadas por el sistema de justicia español con respecto a la violencia doméstica y basada en el género. Se ocupa del seguimiento de las decisiones y resoluciones judiciales relativas a las medidas para proteger a las víctimas de esa clase de violencia⁴⁵.

En segundo término, en 2003 se aprobó una ley sobre órdenes de protección⁴⁶ y en los primeros cinco meses de su aplicación casi 8.000 víctimas solicitaron protección después de denunciar actos de violencia. Los jueces emitieron órdenes de protección en el 75% de los casos. Se ocupan de hacer cumplir esas órdenes los encargados del mantenimiento del orden público a nivel local y

43 *Ibid.* pars. 32, 33 y 34.

44 De modo que los comportamientos que antes de esta reforma eran considerados como faltas, pasan a convertirse en delitos.

45 *Ibid.* pars. 32, 33 y 34.

46 Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

se están tomando medidas para mejorar la coordinación entre los jueces, los fiscales y las fuerzas de policía locales⁴⁷.

En tercer lugar, en 2004 se elaboró un Proyecto de Ley de lucha contra la violencia por motivos de género y se crea el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica⁴⁸.

Además de diversos aspectos relativos al Proyecto, le interesa al Comité si la legislación española sobre asilo contiene disposiciones para otorgar asilo a mujeres por razones vinculadas a la violencia por motivos de género⁴⁹.

En el 6º Informe periódico se informa al Comité de que, tras diversas modificaciones, dicho Proyecto se ha convertido en la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, aprobada por unanimidad y publicada en el BOE el 29 de diciembre⁵⁰.

La Ley establece medidas de protección integral con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. Crea una serie de instituciones tales como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer⁵¹.

Merece destacar también del periodo abarcado por el 6º Informe la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que ha supuesto la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina.

El *Real Decreto 2393/2004, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* establece la posibilidad de solicitar residencia temporal a las víctimas que cuenten con una orden de protección. También prevé que en caso

47 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.650, de 11 de febrero de 2005, párs. 32, 33 y 34.

48 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.649, de 30 de marzo de 2005, par. 33.

49 *Ibid.* par. 51.

50 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 119.

51 *Ibid.*, p. 126.

de nulidad matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico europeo con un nacional de un Estado que no lo sea, esta persona podrá conservar el derecho de residencia si acredita que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia durante el matrimonio o situación de pareja registrada⁵².

Según información proporcionada por el Ministerio del Interior, en el año 2007 un total de 80.573 mujeres presentaron denuncia ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por malos tratos en el ámbito familiar (a manos de su pareja o ex-pareja, padre o madre, hijos/as u otros parientes). El número de denuncias por el mismo concepto presentadas por hombres fue muy inferior, un total de 22.455. Analizando los casos en los que la persona agresora es la pareja o ex-pareja (violencia de género), las denuncias realizadas por mujeres ascendieron en 2007 a 63.347, mientras que las formuladas por el mismo concepto en el caso de los varones alcanzaron un total de 10.902⁵³.

El 9 de enero de 2009, el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en población extranjera inmigrante con una vigencia para el periodo 2009-2012. En 2008, de las 70 mujeres asesinadas en España a manos de sus parejas, 31 fueron inmigrantes. En 2004, el porcentaje de víctimas de la violencia de género extranjeras era del 22,9%. Cuatro años después, en 2008, la tasa llegó al 44,3%⁵⁴.

2. Trata de mujeres y explotación de la prostitución

La *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* insta a los Estados firmantes a tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer⁵⁵.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus *Observaciones Finales a los Informes periódicos 3º y 4º de España* manifiesta su satisfacción por la reforma introducida en el

52 *Ibid.*, p. 125.

53 *Ibid.*, p. 120.

54 Esta información todavía no ha podido ser recogida en ningún informe.

55 Art. 6 de la Convención.

Código Penal en 1999 respecto de los delitos contra la libertad sexual, así como la trata de mujeres⁵⁶, y al mismo tiempo su preocupación por la situación de las trabajadoras extranjeras en el servicio doméstico, las solicitantes de asilo y las mujeres que puedan estar viviendo clandestinamente en España, ya que esas mujeres puedan carecer de protección suficiente contra la violencia y los abusos⁵⁷.

En el 5º *Informe periódico*, España explica al Comité que participa junto con el resto de los países de su entorno, en el debate que se está generando ante la extensión del fenómeno de la prostitución como negocio de explotación sexual de mujeres y niños en todo el mundo. Informa también de las redes de tráfico de seres humanos desarticuladas en 1999 y 2001⁵⁸, del *Plan contra la delincuencia relacionada con la trata de mujeres y la prostitución de menores*, de las directrices a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dirigidas a mejorar la atención a las víctimas del tráfico de personas y de la explotación de la prostitución, y de la colaboración creciente entre los órganos competentes del Ministerio del Interior con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tanto en las investigaciones de los fraudes en la contratación laboral como en la colaboración prestada por los controladores laborales en las inspecciones y registros de clubes y establecimientos que contratan a mujeres extranjeras en situación irregular⁵⁹.

Como dato derivado de las actuaciones realizadas por la Guardia Civil, resulta que el 70% de las víctimas provienen de países de América Central y del Sur, destacando el caso de Colombia, de donde han llegado el 35% del total de las víctimas extranjeras. Las víctimas procedentes de Europa constituyen el 17%, sobresaliendo las de nacionalidad rusa. Y aproximadamente un 13% de las víctimas proceden de países africanos⁶⁰.

Se pone en conocimiento del Comité que en el seno de la Policía se han articulado instrumentos para animar a las víctimas

56 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité a los Informes periódicos 3º y 4º de España. Documento A/54/38, de 1 de julio de 1999, p. 6.

57 *Ibid.*, p. 7.

58 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, pp. 29 a 36.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

a denunciar abusos y malos tratos y servicios policiales específicos como el de *Atención a la Mujer* (S.A.M.) y el de *Atención al Ciudadano Extranjero* (S.A.C.E.). Se prestan por funcionarios especializados en las investigaciones de delitos en los que resultan afectadas las mujeres en general y las ciudadanas extranjeras respectivamente. En la medida de lo posible, de acuerdo con la disponibilidad de recursos humanos en cada plantilla policial, se procura que una mujer sea la funcionaria responsable de estas unidades y que cuenten con la colaboración de intérpretes en idiomas para facilitar la comunicación con la víctima. En todos los casos, es importante resaltar que la presentación de una denuncia por parte de una mujer inmigrante tiene un tratamiento idéntico al que se da a la de cualquier otra ciudadana, es decir, genera, automáticamente, la correspondiente investigación con el fin de localizar a los presuntos autores del delito, practicar la recogida de pruebas y su posterior puesta a disposición de la autoridad judicial. Paralelamente, se movilizan los recursos necesarios para garantizar a la víctima la oportuna asistencia facultativa y su seguridad personal⁶¹.

Se informa al Comité acerca de las novedades introducidas en el Código Penal por la *LO 11/1999, de 30 de abril* relativas a la explotación sexual de adultos y la prostitución de menores. Y se explica la posibilidad de evitar la expulsión de territorio español si se colabora con la Justicia en la detención de los autores del tráfico ilegal o inmigración clandestina, pudiendo ser de aplicación en estos casos las medidas comprendidas en la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de Diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales*, al no establecer distinciones esta Ley entre nacionales y extranjeros⁶².

De esta misma Ley⁶³ deriva la provisión a las víctimas del tráfico de seres humanos y de la explotación de la prostitución de asistencia jurídica gratuita, en caso de ser necesaria en los procedimientos judiciales. Establece que todo extranjero tendrá derecho a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que pueda conllevar salida o expulsión del territorio español, así como en los de asilo, e igualmente tendrá derecho a intérprete en estos procesos⁶⁴.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

63 Art. 22

64 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5,

La representante de España explica cómo los extranjeros indocumentados están normalmente sujetos a expulsión. Sin embargo, cuando se trate de mujeres, éstas pueden evitar la expulsión si pueden demostrar que han sido víctimas de trata, trabajo forzoso, prostitución forzosa o situaciones análogas durante su estancia en España, o pueden declarar en juicio como testigos de tales delitos. Los tribunales prestan servicios especiales a quienes cooperan con las autoridades, tales como asistencia jurídica gratuita y asistencia de intérpretes. Posteriormente, pueden optar entre la repatriación o el otorgamiento de permisos de residencia y trabajo en España. El Gobierno puede, además, hacer regresar a España a los extranjeros expulsados cuyo testimonio sea necesario en juicio, y en ese caso quedarán comprendidos en las garantías habituales de protección de los testigos⁶⁵.

Pregunta el Comité cómo se propone España hacer efectiva la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y, en particular, el artículo 9 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*⁶⁶, y cómo se propone abordar la cuestión de la demanda de prostitución⁶⁷.

La representante de España responde que el Gobierno español presta suma atención a la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y está tratando de mejorar la legislación nacional y a nivel de la Unión Europea para que los migrantes puedan integrarse plenamente y gozar de los mismos derechos y obligaciones que los demás ciudadanos españoles. La reciente visita a España de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes, es una señal de la buena disposición del Gobierno español al respecto, y las autoridades están utilizando su informe para investigar el fenómeno de la migración en España. El Gobierno está tratando de reprimir las actividades de las

de 15 de abril de 2003, pp. 29 a 36.

65 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.649, de 30 de marzo de 2005, par. 28.

66 Dispone que los Estados Parte establecerán políticas, programas, medidas legislativas y de otra índole para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

67 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.650, de 11 de febrero de 2005, par. 44

mafias clandestinas y de lograr la plena integración de los migrantes adaptando la legislación a la nueva dimensión e índole del fenómeno sin dejar de cumplir los compromisos que ha contraído en materia de derechos humanos a nivel nacional e internacional. España aún no ha ratificado la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, debido a que muchas de sus disposiciones ya están incorporadas en otros instrumentos, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Si bien España, sobre la base de esos instrumentos, se ha comprometido a respetar los derechos de los trabajadores migrantes, tomará debida nota de las observaciones formuladas por los miembros del Comité y seguirá considerando la posibilidad de ser parte en la Convención⁶⁸.

El Comité pide información sobre los planes del Gobierno con respecto a la política y las leyes sobre la prostitución. Le sorprende que los prostíbulos sean legales en Cataluña y que no se haya hecho alusión a esto en el informe⁶⁹.

La representante de España explica que, según la legislación española, promover y facilitar la prostitución mediante el proxenetismo es una actividad delictiva, pero dedicarse a la prostitución no lo es. Las prostitutas son consideradas víctimas y no delincuentes. La legislación catalana aludida es un decreto administrativo que contiene reglamentaciones técnicas para los lugares que pueden utilizarse para actividades vinculadas con la prostitución y en el cual se asigna a las autoridades locales la responsabilidad de hacerlas cumplir. No tiene relación alguna con la cuestión de si la prostitución es legal o ilegal y no da lugar a la posibilidad de que esas actividades se lleven a cabo en una vivienda privada⁷⁰.

La cuestión de la prostitución es objeto de amplio debate en España, así como en otros países y recuerda que es preciso tener presente el vínculo entre la prostitución y la delincuencia organizada: el artículo 2 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia*

68 *Ibid.*, par. 28.

69 *Ibid.*, par. 37.

70 *Ibid.*, par. 43.

Organizada Transnacional, abarca los casos en que una persona puede ser considerada víctima de la trata aun cuando aparentemente haya dado su consentimiento⁷¹. La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y la Comisión Europea, a través de sus programas para combatir la violencia contra la mujer, en particular el Programa DAPHNE y el Programa STOP, están procurando dismantelar las redes que explotan a la mujer⁷².

En las *Observaciones Finales al 5º Informe periódico*, el Comité a la vez que encomia las medidas jurídicas y de otra índole que España ha adoptado contra la trata de mujeres y niñas, expresa su preocupación por el aumento de la incidencia de la trata de mujeres y niñas, y en particular por las mujeres que invocan la condición de refugiadas por motivos de persecución basada en el género⁷³.

Insta a España a que redoble sus esfuerzos por entablar cooperación internacional con los países de origen y de tránsito, dentro y fuera de la Unión Europea, tanto para lidiar con las fuerzas económicas que hacen que las mujeres sean víctimas de la trata como para prevenir la trata de mujeres mediante el intercambio de información. Exhorta a adoptar todas las medidas apropiadas para luchar contra la explotación de la prostitución de la mujer, inclusive desalentando la demanda de la prostitución. El Comité también anima a España a que continúe reuniendo y analizando datos provenientes de la policía y fuentes internacionales, procesando y castigando a los traficantes y garantizando la protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas objeto de trata. Se ha de garantizar que las mujeres y niñas víctimas de la trata reciban el apoyo suficiente para estar en condiciones de atestiguar en contra de los traficantes. Y ha de otorgar plena protección, en virtud del art. 33⁷⁴ de la *Convención*

71 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 11 de febrero de 2005, par. 44.

72 *Ibid.*, par. 45.

73 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento A/59/38(SUPP), de 18 de agosto de 2004, par. 336.

74 Art. 33.1: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁷⁵, entre otras a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del derecho internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados⁷⁶.

Explica la representante de España cómo los extranjeros indocumentados están normalmente sujetos a expulsión. Sin embargo, cuando se trate de mujeres, éstas pueden evitar la expulsión si pueden demostrar que han sido víctimas de trata, trabajo o prostitución forzosa o situaciones análogas durante su estada en España, o pueden declarar en juicio como testigos de tales delitos. Los tribunales prestan servicios especiales a quienes cooperan con las autoridades, tales como asistencia jurídica gratuita y asistencia de intérpretes. Posteriormente, pueden optar entre la repatriación o el otorgamiento de permisos de residencia y trabajo en España. El Gobierno puede, además, hacer regresar a España a los extranjeros expulsados cuyo testimonio sea necesario en juicio, y en ese caso quedarán comprendidos en las garantías habituales de protección de los testigos⁷⁷. El *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* prevé esta posibilidad de proponer la exención de responsabilidad y la no expulsión⁷⁸.

En el 6º Informe periódico de España se informa al Comité de la disminución del número de víctimas de delitos de coacción o lucro sobre prostitución y de tráfico ilegal o inmigración clandestina con fines sexuales durante el periodo 2004-2006⁷⁹, así como de la puesta

75 Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su *Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950*. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. Adhesión de España el 14 de agosto de 1978.

76 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento *A/59/38(SUPP)*, de 18 de agosto de 2004, par. 337.

77 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento *CEDAW/C/SR.649*, de 30 de marzo de 2005, par. 28.

78 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento *CEDAW/C/ESP 6*, de 28 de abril de 2008, p. 26.

79 *Ibid.*, p. 25.

en marcha del II Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia 2006-2009⁸⁰.

3. Vida política y pública

La Convención insta a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país⁸¹.

El artículo 23 de la Constitución española establece el derecho de todos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes y a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos con los requisitos que marquen las leyes.

Explica España en el 5º Informe periódico que la representación política de las mujeres españolas ha aumentado a todos los niveles; europeo, nacional, regional y local y en todos los ámbitos de decisión: ejecutivo, legislativo y judicial⁸². La Ley General Electoral no contiene precepto alguno que garantice la igualdad de sexos en las listas electorales. Sin embargo, algún partido político en circunstancias determinadas ha implantado un sistema de cuotas. Dos Comunidades Autónomas, Castilla la Mancha y Baleares, han aprobado sendas Leyes con el objetivo de conseguir un equilibrio de sexos en sus respectivos Parlamentos⁸³.

El Comité recomienda a España que considere la posibilidad de modificar la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, a fin de lograr un equilibrio en la cantidad de hombres y mujeres que ocupan cargos políticos. Sugiere asimismo que se tenga en cuenta el número y la ubicación de candidatas mujeres en las listas electorales de los partidos políticos a los efectos de determinar la asignación de subvenciones a los partidos⁸⁴.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Disposición adicional Segunda modifica a Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral

80 *Ibid.*, p. 28.

81 Art. 7 de la Convención.

82 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 37.

83 *Ibid.*, p. 37.

84 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/A/59/38, de 18 de agosto de 2004, par. 341

General introduciendo en la misma un nuevo art. 44 bis en el que se establece que las candidaturas que se presenten para las elecciones deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento⁸⁵.

Esta modificación ha supuesto que la *Ley 3/2007* haya sido objeto de una cuestión y de un recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha resuelto ambos procedimientos en la *Sentencia 12/2008, de 29 de enero*, confirmando la constitucionalidad de la medida⁸⁶.

Al Comité le preocupa la escasa representación de la mujer en altos cargos en algunas esferas de la vida profesional y pública, como en el Poder Judicial y el servicio exterior, particularmente en las categorías más altas⁸⁷ y recomienda que se adopten políticas dinámicas con miras a aumentar la participación de la mujer en esos niveles y que, cuando corresponda, se adopten medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la recomendación general 25, para garantizar que se acelere el logro de la verdadera potenciación de la mujer en pie de igualdad con el hombre⁸⁸.

Acerca de la igualdad en el Poder Judicial, la representante de España explica que si bien es cierto que ha habido una fuerte feminización en dicho Poder aún se está lejos de haber logrado la paridad de género. Comunica al Comité que recientemente se ha designado por primera vez a una mujer presidenta del Tribunal Constitucional de España, el máximo órgano judicial en materia de derechos fundamentales. Esa designación puede tomarse como una señal de modernidad, democracia y progreso para España⁸⁹.

85 Esta información todavía no ha podido ser recogida en ningún informe.

86 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, pp. 14 y 15.

87 *Ibid.*, par. 342.

88 *Ibid.*, par. 343.

89 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.649, de 30 de marzo de 2005, par. 47.

En el 6º Informe periódico, España da cuenta al Comité de la aprobación, en marzo de 2005, del *Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado*⁹⁰.

4. Representación y participación internacional

Exhorta la Convención a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales⁹¹.

Explica España en el 5º Informe periódico que aunque la participación de las mujeres en la vida política ha aumentado progresivamente, todavía presenta un evidente desequilibrio cualitativo y cuantitativo, que se pone de evidencia más aún en el plano de las relaciones internacionales y especialmente por lo que se refiere a los puestos de responsabilidad. El, contemplaba, medidas para promover un incremento de la participación de las mujeres españolas en los organismos internacionales. Como consecuencia de las medidas puestas en marcha por el III Plan de Igualdad de Oportunidades -vigente hasta finales del año 2000- España tiene en 2003 un porcentaje de representación femenina de 34´38% en el Parlamento europeo⁹².

En relación con el papel de la mujer en la prevención, resolución de conflictos y consolidación de la paz en el ámbito internacional, hay que destacar que en los últimos años, se ha incrementado considerablemente la participación de mujeres altamente cualificadas (licenciadas, asistentes sanitarias, profesoras de universidad, etc.) como observadoras internacionales en los procesos electorales de Centroamérica, de Bosnia- Herzegovina y de Kosovo y como cooperantes en los programas de reconstrucción posteriores a los conflictos armados⁹³.

90 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 14.

91 Art. 8 de la Convención.

92 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 42.

93 *Ibid.* p. 42.

En el 6º *Informe periódico*, se informa acerca de la creación en 2007 del puesto de Embajadora en Misión Especial para el Fomento de las Políticas de Igualdad de Género, por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español⁹⁴. Ese mismo año se aprueba el Plan Nacional del Reino de España para la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000), sobre mujeres, paz y seguridad, para potenciar la presencia de mujeres en las operaciones de paz y en sus órganos de toma de decisiones⁹⁵.

5. Nacionalidad

La Convención exhorta a los Estados a otorgar a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad y los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos⁹⁶.

Se hace saber al Comité que en diversas ocasiones, el Instituto de la Mujer ha recibido denuncias de mujeres acerca de la discriminación sufrida por los hijos, nacidos antes del día 19 de agosto de 1982, de madre española y padre extranjero. Así, éstos sólo eran considerados españoles si no seguían la nacionalidad del padre. Esta situación era discriminatoria respecto de la de los hijos de madre extranjera y padre español, que sí recibían automáticamente la nacionalidad española. Se ha aprobado la *Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad*, que permite a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España optar por la nacionalidad española sin límite de edad⁹⁷.

6. Educación

Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación, debiendo eliminarse todo concepto estereotipado de los papeles

94 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 39.

95 *Ibid.* p. 41.

96 Art. 9 de la Convención.

97 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 45.

masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza. Se incidirá en la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente⁹⁸.

En España, se han producido en los últimos años cambios significativos en relación con la educación de las mujeres. La escolaridad es obligatoria de los 6 a los 16 años de edad. El analfabetismo que aún se registra en la población adulta es básicamente un analfabetismo femenino. Según los datos de la Encuesta de Población Activa (I Trimestre 2002), frente a la tasa de analfabetismo masculino del 2%, la tasa femenina se sitúa en torno al 4,26%⁹⁹.

En cuanto al alumnado matriculado en BUP y COU, por curso y sexo los datos analizados ponen de manifiesto que las mujeres constituyen una mayoría (51,92%)¹⁰⁰. Las alumnas obtienen mejores resultados académicos que los alumnos en BUP, COU¹⁰¹ y en Formación Profesional¹⁰².

El aumento alumnado universitario ha sido mayor en el caso de las mujeres, ya que, en 1996-97, constituían el 52,92% del alumnado y, en 1998-99, el 53,29%¹⁰³, obteniendo mejor rendimiento académico que los hombres¹⁰⁴.

El 50% de los estudiantes universitarios en los tres ciclos son mujeres. No obstante, en el tercer ciclo, sólo el 43% de las mujeres terminan sus doctorados, debido probablemente a la necesidad de combinar los estudios con el cuidado de los hijos. Es preciso abordar y resolver este problema, posiblemente prolongando el plazo para la presentación de la disertación doctoral¹⁰⁵.

Al Comité le preocupa la información según la cual la proporción de mujeres que comienzan estudios de doctorado y luego no terminan

98 Art. 10 de la Convención.

99 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 46.

100 *Ibid.*, p. 48.

101 *Ibid.*, p. 49.

102 *Ibid.*, p. 51.

103 *Ibid.*, p. 52.

104 *Ibid.*, p. 53.

105 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 11 de febrero de 2005, par. 25.

sus tesis es superior a la de los hombres¹⁰⁶. Recomienda que España amplíe el acceso de la mujer a los recursos, entre ellos las becas, y a los servicios de guardería, para que la tasa de mujeres que terminan sus tesis sea igual a la de los hombres¹⁰⁷.

7. Empleo

Conforme a lo dispuesto en la Convención, los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; implantando la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; y alentando 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 niños¹⁰⁸.

La *Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*, así como la *Ley 12/2001*, establecen el Programa de fomento de empleo vigente para los años 2000 y 2001, aprobando nuevas bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social para fomentar la contratación indefinida de mujeres y otros colectivos con especiales dificultades de inserción laboral.

La *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, introduce cambios en el Estatuto de los Trabajadores, Ley de Seguridad Social, Ley de Procedimiento Laboral y Ley de Función Pública, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, al tratar de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo

106 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/A/59/38, de 18 de agosto de 2004, pág. 348.

107 *Ibid.*, pág. 349.

108 Art. 11 de la Convención.

y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia¹⁰⁹.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad establece la posibilidad de que los padres se ausenten del trabajo alguna hora o la reducción en la jornada laboral.

El desarrollo reglamentario del disfrute a tiempo parcial de las diez semanas de descanso por maternidad o las dieciséis por adopción o acogimiento preadoptivo o permanente se realiza a través del *Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Puede ser ejercido por cualquiera de los progenitores siempre que ambos trabajen¹¹⁰.

En materia de igualdad de retribuciones, ha sido modificado el artículo 28 del *Estatuto de los Trabajadores*, a través de la *Ley 33/2002, de 5 de julio*, con la siguiente redacción: “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”¹¹¹.

Refiriéndose a la disparidad salarial entre hombres y mujeres, el representante de España señala que el Gobierno no interviene en absoluto en la determinación de los salarios correspondientes a la inmensa mayoría de puestos de trabajo porque éstos se encuentran en el sector privado. En el sector público en que el Estado sí desempeña esa función, no hay ningún indicio de que la discriminación por motivos de género en lo que respecta a la remuneración sea significativa. En el sector privado, en que los empleadores y los sindicatos negocian libremente la cuantía de los sueldos, existe efectivamente una disparidad: los ingresos de la mujer representan entre el 71% y el 73% de los del hombre. Esto es un motivo de preocupación tanto para el Gobierno como

109 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 64.

110 *Ibid.*, p. 65.

111 *Ibid.*, p. 68.

para los empleadores y los sindicatos¹¹². Los estudios realizados recientemente han revelado que la cuestión es muy compleja y que la diferencia no puede atribuirse simplemente a la discriminación, ya sea directa o indirecta. Otras consideraciones son el horario de trabajo, la rama de producción, el tipo de contrato de trabajo, la edad y la antigüedad del empleado, el tamaño de la empresa y la proporción de inmigrantes en la población económicamente activa¹¹³.

Se hace saber al Comité que el Instituto Nacional de Estadística se propone realizar un estudio más amplio y el Gobierno sigue preocupado por la persistencia del problema¹¹⁴.

En 1997, España se unió a los demás Estados de la Unión Europea para poner en práctica la Estrategia europea sobre el empleo y de ese modo integrar en sus políticas las consideraciones relativas al género. Por consiguiente, la cuestión de la discriminación se ha abordado en una amplia variedad de esferas legislativas, entre ellas el empleo, la tributación y las cuestiones sociales¹¹⁵.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* presta especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Pretende promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva. Como objetivos prioritarios de la política de empleo se incluye la mejora de la formación, la empleabilidad de las mujeres y su permanencia en el mercado de trabajo¹¹⁶.

8. Salud

Dispone la Convención que los Estados Partes deben adoptar 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

112 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 11 de febrero de 2005, par. 12.

113 *Ibid.*, par. 13.

114 *Ibid.*, par. 15.

115 *Ibid.*, par. 17

116 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 65.

de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto¹¹⁷.

El Comité, en sus *Observaciones finales a los Informes periódicos 3º y 4º de España*, expresa su preocupación por el aumento significativo del número de abortos entre las adolescentes de 15 a 19 años de edad¹¹⁸. Recomienda que, en el caso de las adolescentes, los abortos sean objetos de medidas diversas, entre otras, una educación en las escuelas primarias y secundarias que resulte apropiada para cada edad¹¹⁹.

El Comité insta a que se sigan estudiando las causas por las que ha aumentado el consumo de drogas y alcohol entre las mujeres¹²⁰.

España informa de que el consumo de tranquilizantes de forma habitual, entre las mujeres, es del 3,5%. La prevalencia de este consumo es tres veces superior entre mujeres que entre hombres¹²¹ afectando este consumo, fundamentalmente, a mujeres adultas¹²².

9. Igualdad ante el Derecho

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. 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 domicilio¹²³. Adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares¹²⁴.

La *Orden de 10 de noviembre de 1999, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil* contiene dos innovaciones

117 Art. 12 de la Convención.

118 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité a los Informes periódicos 3º y 4º de España. Documento A/54/38, de 1 de julio de 1999, p. 6.

119 *Ibid.*, p. 6

120 *Ibid.*, p. 6.

121 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 78.

122 *Ibid.*, p. 79.

123 Art. 15 de la Convención.

124 Art. 16 de la Convención.

importantes. La primera, acatando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 21 de septiembre de 1999 que declaró la inconstitucionalidad del precepto reglamentario que permitía a la madre, por su sola voluntad, ocultar la maternidad, por vulneración del derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica. La segunda innovación consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre y del recién nacido con la misma finalidad de reforzar su identidad biológica.

Por *Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*, se modifica el artículo 109 del Código Civil, así como el artículo 55 de la *Ley de Registro Civil*. Dicha reforma ha supuesto que cuando la filiación está determinada por las líneas materna y paterna, el padre y la madre, de común acuerdo, pueden decidir el orden de transmisión de los apellidos de sus hijos. Asimismo, se establece que el orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos habrá de regir para los hijos posteriores del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden. En la regulación anterior, los hijos tomaban, en primer lugar, el primer apellido del padre, y en segundo, el primer apellido de la madre, si bien también tenían la posibilidad de cambiar el orden de sus apellidos una vez cumplida la mayoría de edad¹²⁵.

Respondiendo a una pregunta del Comité sobre la primogenitura, dice el representante de España que los derechos que otorga la Constitución Española se aplican por igual a hombres y a mujeres a partir del momento de nacer, y tanto la legislatura como la Corona están dispuestas a considerar la posibilidad de una enmienda constitucional¹²⁶.

Se explica al Comité que en España las mujeres tienen plenas oportunidades de recurrir a los tribunales cuando se vulneran sus derechos. Los derechos que les reconoce la Constitución pueden defenderse en los tribunales constitucionales, y también las mujeres pueden pedirlo al Comité, con arreglo al Protocolo Facultativo de la

125 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, pp. 99 y 100.

126 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 7 de julio de 2004, par. 52.

Convención, que España ha ratificado. Ambos recursos se pueden utilizar simultáneamente¹²⁷.

En el 6º Informe periódico se informa acerca de la aprobación de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios¹²⁸. En ese mismo periodo se aprueba el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, permitiendo la inscripción registral del nacimiento cuando exista una sola filiación; suprimiéndose con ello la obligación de la madre o del padre del menor de tener que inventarse un progenitor falso a los solos efectos identificativos¹²⁹.

10. Ámbito rural

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios¹³⁰.

En el informe de 1999, la representante de España reconoció que la situación de la mujer en las zonas rurales había cambiado considerablemente ya que las mujeres jóvenes de ellas buscaban empleo fuera de la agricultura y el hogar. Señaló que sólo el 25% de los propietarios de terrenos rurales eran mujeres, al tiempo que el tamaño medio de sus propiedades alcanzaba sólo la tercera parte de la de los hombres¹³¹.

En el informe de 2004, tanto el Ministerio de Agricultura como el Instituto de la Mujer manifestaron estar muy interesados en incorporar el concepto de igualdad de género en sus políticas de desarrollo rural. Persiste un problema grave: el 60% de las explotaciones agrícolas son demasiado pequeñas para ser económicamente viables a largo plazo. Se han tomado medidas positivas para alentar a las mujeres más jóvenes y altamente calificadas a que elijan la agricultura como

127 *Ibid.*, par. 53.

128 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 20083, p. 7.

129 *Ibid.* p. 102.

130 Art. 14 de la Convención.

131 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité a los Informes periódicos 3º y 4º de España. Documento A/54/38, de 1 de julio de 1999, p. 3.

carrera y trabajen en ese sector. Gracias a ello, un promedio de 5.000 mujeres de menos de 35 años de edad han ingresado en el sector agrícola, con lo cual el porcentaje de ese grupo de edades en el sector aumentó del 11,2% en 1988 al 28%¹³².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dedica su art. 30 al desarrollo rural. A fin de hacer efectiva la igualdad en el sector agrario, deberá desarrollarse la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo. Las Administraciones públicas promoverán el desarrollo de una red de servicios sociales para atender a menores, mayores y dependientes como medida de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de hombres y mujeres en mundo rural¹³³.

Por su parte, la *Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural* establece la posibilidad de medidas de acción positiva en favor de las mujeres en el medio rural, encaminadas a superar y evitar situaciones de discriminación de hecho por razón de sexo¹³⁴.

11. Minorías étnicas

Secularmente, parte de la población gitana ha ocupado una posición marginal en la sociedad española si bien, en las últimas décadas, su situación ha cambiado sensiblemente, iniciándose un camino para su incorporación social efectiva. El Instituto de la Mujer, desde 1998, ha mantenido una colaboración con la Asociación Secretariado General Gitano, para desarrollar actividades que promuevan la participación social y la integración laboral de las mujeres gitanas.

España expone ante el Comité que en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, para poner en marcha el denominado Programa de Desarrollo Gitano, se han

132 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 7 de julio de 2004, punto 22.

133 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 96.

134 *Ibid.*, p. 97.

venido subvencionando distintos proyectos de Intervención Social Integral para la atención, prevención de la marginación e inserción social del pueblo gitano, con actividades simultáneas en distintos ámbitos: educación, acción social, empleo, salud y otras. Participan y colaboran en su realización tanto Administraciones Públicas como Organizaciones No Gubernamentales. Las principales actividades de este Programa son: trabajo social, apoyo y seguimiento escolar, alfabetización de personas adultas, talleres de salud, preparación y seguimiento de realojos, y en menor medida, cursos de formación, y fomento de empleo, combinados con habilidades sociales básicas ¹³⁵.

El Comité pregunta si los escolares gitanos están integrados o segregados en el sistema de educación y si tienen acceso a la enseñanza preescolar. También desea saber cuántas chicas gitanas se casan jóvenes, si el matrimonio a una edad temprana influye en las tasas de deserción escolar y si se han impugnado los matrimonios informales de niñas gitanas ante los tribunales y se ha logrado su anulación¹³⁶. También desea saber qué medidas está adoptando el Gobierno español para asegurar que los niños gitanos tengan acceso al sistema de educación estatal, y si se toman medidas para que los profesores tengan conciencia de la discriminación y de los derechos que confiere la Convención¹³⁷.

Responde España que en el sistema de educación, no se restringe en modo alguno su matriculación ni existe segregación en el sistema. No obstante, a pesar de la falta de estadísticas oficiales sobre la cuestión, se sabe que la tasa de deserción escolar es más alta en ese grupo de niñas, sobre todo al llegar a la pubertad, debido a la tradición cultural del matrimonio precoz. El Ministerio de Educación está estudiando este problema, en colaboración con el Instituto de la Mujer y organizaciones no gubernamentales, y se han adoptado varias medidas, entre ellas clases con pocos alumnos y comidas gratuitas para los niños gitanos matriculados en las escuelas primarias, que han permitido reducir esas tasas de deserción. En cuanto a la formación de educadores, se hace

135NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 111.

136 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 7 de julio de 2004, par. 7.

137 *Ibid.*, par. 8.

especial hincapié, tanto en la etapa inicial como en el servicio, en la importancia de tener en cuenta las características culturales de los alumnos gitanos¹³⁸.

Al Comité le preocupa que las mujeres gitanas continúen estando en una situación vulnerable y de marginación, en especial por lo que respecta a la educación, el empleo, la vivienda y la salud¹³⁹.

12. Inmigrantes

En términos generales, puede afirmarse que la población extranjera en España no ofrece un perfil muy desequilibrado por sexos¹⁴⁰.

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, modificada por *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, se fundamenta en el principio básico de igualdad y no discriminación y atribuye, sin distinción de género, un estatuto de derechos y libertades a los extranjeros en nuestro país¹⁴¹.

Con el fin de dar aplicación a la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados, sobre medidas para la erradicación de la mutilación genital femenina, se ha procedido a incluir en todos los modelos oficiales de solicitud de permiso y tarjetas de extranjeros, un folleto en el que se informa, además de sus derechos y deberes como extranjero en España, de la tipificación penal en nuestro país de la mutilación genital en España¹⁴².

El *Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España* (GRECO), recoge medidas destinadas a facilitar la integración e inserción laboral de los extranjeros residentes en España, que ha contado con un presupuesto de 226.978.231,34 euros. La formación de las mujeres inmigrantes se contempla como una de las prioridades de este Plan. Y en este

138 *Ibid.*, par. 25.

139 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/A/59/38, de 18 de agosto de 2004, par. 344.

140 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 112.

141 *Ibid.*, pp. 115 y 116.

142 *Ibid.*

concepto, se incluye, tanto la educación de las niñas y jóvenes, como la de las mujeres adultas.

La protección temporal de las refugiadas y desplazadas, incluye igualmente, la especial necesidad de su capacitación laboral. El Programa GRECO contempla, entre sus medidas, la promoción profesional a través de la correspondiente formación ocupacional y su inserción en el mercado de trabajo. Entre los derechos de las personas apátridas se reconoce el acceso a la educación en igualdad de condiciones que las nacionales.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrolla, a través del IMSERSO, el *Plan para la Integración Social de los inmigrantes*, que tiene como objetivos prioritarios: eliminar la discriminación, promover la convivencia basada en valores democráticos, combatir las barreras que dificultan su integración y movilizar a la sociedad en su conjunto contra el racismo y la xenofobia¹⁴³.

España presta suma atención a la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y está tratando de mejorar la legislación nacional y a nivel de la Unión Europea para que los migrantes puedan integrarse plenamente y gozar de los mismos derechos y obligaciones que los demás ciudadanos españoles. La visita a España de la Sra. Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes, ha sido una señal de la buena disposición del Gobierno español al respecto, y las autoridades están utilizando su informe para investigar el fenómeno de la migración en España. El Gobierno está tratando de reprimir las actividades de las mafias clandestinas y de lograr la plena integración de los migrantes adaptando la legislación a la nueva dimensión e índole del fenómeno sin dejar de cumplir los compromisos que ha contraído en materia de derechos humanos a nivel nacional e internacional.

España aún no ha ratificado la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*¹⁴⁴, debido en particular porque muchas de sus disposiciones ya están incorporadas en otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto

143 *Ibid.*

144 Fue aprobada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/158, y entró en vigor en julio de 2003. Al cerrar estas líneas, ni un solo país de la Unión Europea la ha ratificado, sólo lo han hecho países emisores de emigración.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Si bien España, sobre la base de esos instrumentos, se ha comprometido a respetar los derechos de los trabajadores migrantes, tomará debida nota de las observaciones formuladas por los miembros del Comité y seguirá considerando la posibilidad de ser parte en la Convención¹⁴⁵.

El Comité insta al Estado Parte a que adopte medidas eficaces para eliminar la discriminación contra las inmigrantes mujeres, tanto dentro de las comunidades de inmigrantes como en la sociedad en general, y a que garantice que esas mujeres sean informadas de los servicios sociales y recursos legales de que disponen y reciban apoyo para tener acceso a esos servicios y recursos¹⁴⁶.

También advierte que entre las diversas convenciones sobre derechos humanos de que España es parte, no se ha hecho referencia a la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, y pregunta cuál es la posición del Gobierno sobre dicha Convención¹⁴⁷.

En el 6º *Informe periódico* se da cuenta al Comité de una serie de relevantes modificaciones en el ordenamiento jurídico español en relación con las mujeres inmigrantes. Así, en 2003 se había introducido como delito en el Código Penal la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones¹⁴⁸, y en 2005 aprobó la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina¹⁴⁹.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* modifica la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado para posibilitar obtener el derecho de asilo a las mujeres extranjeras

145 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 11 de febrero de 2005, par. 28.

146 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/A/59/38, de 18 de agosto de 2004, par. 339.

147 *Ibid.*, p. 354 y NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.649, de 30 de marzo de 2005, par. 52.

148 *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*

149 *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género¹⁵⁰.

13. Exclusión

Se constata una mayor intensidad de los fenómenos de pobreza y exclusión social entre las mujeres (feminización de la pobreza). En España, las tasas de desempleo de las mujeres duplican a las de los varones; sus rentas salariales también son inferiores y, si nos fijamos en las situaciones de pobreza extrema, son también las mujeres, en mayor medida, las perceptoras de rentas mínimas. Afecta especialmente a las mujeres mayores de 65 años que viven solas o a mujeres solas con hijos a su cargo, es decir a las familias monoparentales¹⁵¹.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* establece entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, la

Consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, entre las que se encuentran las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas para las cuales podrán adoptar medidas de acción positiva¹⁵².

14. Difusión y aplicación de la Convención en España

El Comité solicita información acerca de las medidas que ha adoptado España para difundir la toma de conciencia sobre la Convención. En particular, si las universidades imparten instrucción sobre la Convención y si se brinda una capacitación pertinente a los funcionarios públicos, los integrantes del Poder Judicial y

150 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 130.

151 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 5, de 15 de abril de 2003, p. 101. En el mismo sentido, NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 103.

152 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 111.

los funcionarios policiales¹⁵³ Pregunta si, en caso de conflicto, la Convención prevalece sobre el derecho interno de España, y si han habido casos en que los tribunales hayan invocado directamente la Convención¹⁵⁴.

Desea también saber si España ha impartido capacitación a abogados para presentar casos judiciales con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención¹⁵⁵, y de qué instrumentos dispone el Gobierno en los casos en que las comunidades autónomas sean renuentes a dar cumplimiento a obligaciones convencionales vinculantes o deseen adoptar políticas incompatibles con dichas obligaciones¹⁵⁶.

España, respondiendo a las preguntas relativas a la capacitación impartida a los funcionarios para la aplicación de la Convención, explica que el Ministerio del Interior es responsable de la capacitación específica de las diversas fuerzas de seguridad. Hay módulos específicos de capacitación sobre minorías, tales como las mujeres víctimas de abuso, las personas de edad, los jóvenes y los niños, y las mujeres de las minorías étnicas, así como sobre los menores y las mujeres que son víctimas de violencia o de violencia por motivos de género¹⁵⁷. A partir de 1978 los tratados internacionales se han incorporado automáticamente al derecho interno, con efecto vinculante sobre el Gobierno central, las comunidades autónomas y el Poder Judicial. La Convención es, por lo general, bien conocida en España, y los jueces están familiarizados con ella. Sus disposiciones se enseñan en las facultades de Derecho, y en cursos anuales de capacitación impartidos a todos los jueces se examinan la Convención y los demás tratados de derechos humanos. En el momento en que pasó a ser parte en la Convención, España armonizó su legislación interna con las disposiciones de aquélla. Además, cualquier ciudadano puede alegar que una norma de derecho interno es inadecuada y exigir que la Convención sea aplicada directamente en los tribunales. Si las leyes dictadas por una comunidad autónoma no se ajustan a las normas legislativas nacionales o si un parlamento autónomo toma medidas que

153 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR.649, de 30 de marzo de 2005, par. 16

154 *Ibid.*, par. 18

155 *Ibid.*, par. 21

156 *Ibid.*, par. 22

157 *Ibid.*, par. 27.

contravienen a la Convención, el Gobierno central puede impugnarlas ante el Tribunal Constitucional o ante un tribunal ordinario¹⁵⁸.

El Comité pregunta si la Convención ha sido invocada alguna vez en el sistema de justicia civil o penal, ya sea por el acusado o por los jueces.¹⁵⁹

Al Comité le preocupa que, si bien el concepto de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres se basa en una serie de preceptos constitucionales, incluida la prohibición de la discriminación por razón de sexo, no exista en la legislación interna una definición específica de la discriminación contra la mujer, acorde con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención¹⁶⁰. Recomienda que se consagre en la legislación interna una definición de la discriminación contra la mujer, como la que se establece en dicho artículo¹⁶¹.

En el art. 6 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* se considera “discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”. Y se entiende por “discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

IV. MARCO GENERAL PARA ANALIZAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ESPAÑA: LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. La Constitución de 1978

Como se reflejaba en el 4º *Informe periódico de España*, el marco general para analizar la igualdad de oportunidades en nuestro país es la Constitución de 1978, que concreta en su artículo 1.1 los

158 *Ibid.*, par. 32.

159 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen del 5º Informe periódico de España (continuación). Documento CEDAW/C/SR/650, de 11 de febrero de 2005, par. 31.

160 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité al 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/A/59/38, de 18 de agosto de 2004, par. 330.

161 *Ibid.*, par. 331.

valores superiores del ordenamiento jurídico español en la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

Se trata de principios generales del Derecho y, por tanto, según la doctrina mayoritaria, principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, además, con fuerza normativa, según interpretación del Tribunal Constitucional.

Esto supone que, aunque el planteamiento de la igualdad se lleva a cabo de forma genérica, la igualdad debe interpretarse como elemento transversal de todo el ordenamiento jurídico.

La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, se perfila sobre la base de los siguientes preceptos constitucionales:

- Art. 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
- Art. 10.1: 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 fundamento del orden político y de la paz social
- Art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.
- Art. 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- Art. 23: Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.
- Art. 27: Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

- Art. 32.1: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
- Art. 32.2: La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.
- Art. 35.1: Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de su sexo.
- Art. 39.1: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
- Art. 39.2: Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.
- Art. 139.1: Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier Parte del territorio del Estado.
- Art. 149.1: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2. El Código Penal

El artículo 22.4 menciona entre las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, el hecho de cometer el delito por discriminación por razón de sexo. Basta que constituya la motivación que guíe a la comisión de cualquier delito, para que agrave la pena a él asignada. Añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución.

El artículo 149.2 considera delictiva la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones.

El artículo 170.1 tipifica las amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo social.

El artículo 174 contempla la discriminación de cualquier tipo como uno de los móviles del delito de tortura cometido por autoridad o funcionario público.

El art. 314 CP alude a la discriminación en el trabajo por razón de sexo.

El artículo 510 CP incrimina a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por razón de su sexo. También a quienes, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su sexo.

En cuanto a la obligación de no permitir que las autoridades ni las instituciones públicas promuevan la discriminación racial o inciten a ella, el artículo 511 CP incrimina al particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su sexo. Se impondrán las mismas penas cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su sexo. Si quien lleva a cabo esta conducta es un funcionario público la pena se agrava.

El artículo 515.5 considera punibles las asociaciones ilícitas, considerando como tales las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su sexo. Conforme al artículo 520, los jueces o tribunales acordarán la disolución de la asociación ilícita, en los supuestos previstos en el artículo 515. Esta disolución solamente es posible a través de mandamiento judicial. Más aún, según el artículo 539, la autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa.

Los delitos de lesa humanidad, tipificados en el art. 607 bis, suponen el exterminio, agresiones sexuales, sometimiento a condiciones inhumanas, desplazamientos forzosos, secuestros, detenciones ilegales o torturas, en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión sistemática de un grupo o colectivo por razón -entre otras- de su género.

La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* llevó a cabo una

modificación de diversos artículos del Código Penal, relacionados con conductas lesivas sobre la mujer. Señala esta ley en su Exposición de Motivos que “los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales” y tienen, “conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

Al modificar dichos preceptos del Código Penal, otorga un diferente tratamiento penal a los mismos hechos según se hayan realizado por un hombre o por una mujer. Ello ha sido fuertemente criticado desde distintos sectores que lo han considerado como un claro ejemplo de discriminación negativa, pero también ha encontrado justificación desde otros.

A pesar de las críticas vertidas sobre el Anteproyecto, tanto por parte de los llamados vocales progresistas como de los conservadores del Consejo General del Poder Judicial, por parte del Consejo de Estado, y por jueces, fiscales, catedráticos y profesores expertos en Derecho Penal, la ley ha mantenido la implantación de un tratamiento penal distinto en el caso de las amenazas y coacciones leves, lesiones y maltrato ocasional. Han sido muy numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra ella, por entender que establece una discriminación por razón de sexo al elevar las penas en los casos en los que el varón sea el agresor y la mujer la víctima¹⁶². Sobre alguna de ellas ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, como se expondrá más adelante.

3. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres¹⁶³

Como proclama su art. 1, esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad

162 Vid. acerca de esta cuestión MAYORDOMO RODRIGO, V., *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005, pp. 161-166.

163 BOE, nº 71, de 23 de marzo de 2007.

más democrática, más justa y más solidaria¹⁶⁴. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo¹⁶⁵. Las obligaciones establecidas en ella serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia¹⁶⁶.

En su Título I define los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

En el Título II se establecen las pautas generales de actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad y los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad. También se contempla la promoción de la incorporación de las mujeres a la sociedad de la información, la inclusión de medidas de efectividad de la igualdad en las políticas de acceso a la vivienda, y en las de desarrollo del medio rural.

El Título III contiene medidas de fomento de la igualdad en los medios de comunicación social.

El Título IV se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades.

El Título V regula el principio de igualdad en el empleo público y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado. Y, de forma específica, el respeto del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El Título VI se refiere a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros.

El Título VII contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad. En el marco de la responsabilidad social corporativa, se ha incluido el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en

164 Art. 1.1

165 Art. 1.2

166 Art. 1.2

los consejos de administración de las sociedades mercantiles, concediendo para ello un plazo razonable.

Y el Título VIII establece una serie de disposiciones organizativas, con la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y de las Unidades de Igualdad en cada Ministerio, así como un Consejo de participación de la mujer, como órgano colegiado que ha de servir de cauce para la participación institucional en estas materias.

V. ORGANISMOS EN ESPAÑA QUE TRABAJAN POR LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La Constitución Española de 1978 establece el principio de igualdad y no-discriminación e insta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social¹⁶⁷.

Desde finales de los años noventa se han intensificado las políticas, programas y actuaciones para propiciar una participación igualitaria de las mujeres en la sociedad y garantizar no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad real.

El *Defensor del Pueblo*, junto con el Tribunal Constitucional, es uno de los órganos que velan por el cumplimiento de los mandatos contenidos en la Norma Fundamental. Definido como Alto Comisionado de las Cortes Generales es designado por éstas para la defensa de los derechos fundamentales entre los que se encuentra el derecho a la igualdad. Anualmente, presenta ante las Cortes Generales un informe sobre su actuación. Cabe destacar su preocupación por la violencia que sufren las mujeres; el impago de las pensiones, principalmente cuando hay menores; la situación de las mujeres presas; la problemática de las mujeres inmigrantes, etc.

El desarrollo del Estado autonómico establecido constitucionalmente ha configurado una red de Instituciones autonómicas similares al Defensor del Pueblo que tienen igual función, pero circunscrita a su propio territorio¹⁶⁸.

167 Art. 9.2

168 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/ESP/5, de 15 de abril de 2003, p. 12.

La organización territorial del Estado español que se concreta en la existencia de municipios, provincias y Comunidades Autónomas, es importante para analizar la distribución de competencias en materia de igualdad de oportunidades.

Entre las competencias que se integran en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, la Constitución recoge la "asistencia social" de la que forma parte la igualdad de oportunidades¹⁶⁹. Todas las Comunidades Autónomas cuentan con mecanismos de igualdad de oportunidades en sus respectivos ámbitos territoriales. En el período que abarca el *6º Informe periódico de España*, las Comunidades Autónomas han aprobado Leyes de Igualdad han sido Galicia, País Vasco, Islas Baleares, Murcia y Castilla - León¹⁷⁰.

Los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas, en particular, las relativas a la promoción de la mujer. Los municipios con más de 20.000 habitantes, por sí mismos o asociados, deberán llevar a cabo, en todo caso, la prestación de servicios sociales¹⁷¹.

En el ámbito de la Administración del Estado, las competencias sobre asuntos sociales han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, si bien el Estado ostenta una serie de competencias exclusivas, entre las que se encuentran la regulación de las condicrencia Sectorial de la Mujer existente desde 1995. Se trata de un órgano de encuentro y deliberación que tiene como finalidad primordial conseguir la máxima coherencia en la determinación y aplicación de las políticas de igualdad definidas por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

Otro importante mecanismo de colaboración entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales son los Convenios de Colaboración. Han seguido aumentando los departamentos dependientes de Diputaciones y Ayuntamientos dirigidos a las mujeres ofertándoles asesoramiento y/o recursos en el ámbito social. La cooperación en

169 Art. 148.1.20

170 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 13.

171 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/ESP/5, de 15 de abril de 2003, p. 12.

este ámbito se ha realizado a través de los Convenios de colaboración entre las administraciones locales y el propio Instituto de la Mujer¹⁷².

El *Instituto de la Mujer*¹⁷³, adscrito en su momento al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ha sido desde 1983 es el organismo encargado de promover las políticas gubernamentales en materia de igualdad. Ese Ministerio encabezaba el Consejo Rector del Instituto, encargado de ejecutar las políticas de coordinación de los distintos Departamentos Ministeriales en relación con la mujer. La Dirección General del Instituto tenía como objetivo conseguir la máxima coherencia en la determinación de las diversas políticas de igualdad de oportunidades definidas por la Administración del Estado y las comunidades autónomas. Las organizaciones no gubernamentales participaban en el Consejo Rector y recibían asistencia técnica y financiera para ejecutar programas concretos¹⁷⁴.

Desde el Instituto de la Mujer se impulsan medidas que contribuyen a eliminar las discriminaciones contra la mujer, concretadas, fundamentalmente, en los Planes de Igualdad de Oportunidades¹⁷⁵, los Planes de Acción para el Empleo del Reino de España, de carácter anual, y los dos Planes contra la Violencia, pero también en el Plan de Formación Profesional, el Plan Integral de Apoyo a la Familia, el Plan de Inclusión Social, etc. en los que se comprometen para su ejecución diferentes departamentos ministeriales y que desarrollan políticas de igualdad de oportunidades¹⁷⁶.

Entre otros cometidos, el Instituto de la Mujer es el órgano de la Administración del Estado que recoge, examina e investiga la publicidad discriminatoria que aparece en los medios de comunicación,

172 *Ibid.*, p. 13.

173 La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y Mujeres* ha modificado la *Ley de creación del Instituto de la Mujer* para otorgarle nuevas funciones. Véase la información ofrecida al Comité, en NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 7.

174 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité a los Informes periódicos 3º y 4º de España. Documento A/54/38, de 1 de julio de 1999, p. 2.

175 El último -Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011)- ha sido aprobado en diciembre 2007. Véase la información ofrecida al Comité en NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 6º Informe periódico de España. Documento CEDAW/C/ESP 6, de 28 de abril de 2008, p. 7.

176 NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/ESP/5, de 15 de abril de 2003, p. 15.

sin perjuicio de las actuaciones que las Comunidades Autónomas realizan en su respectivo ámbito territorial. El Observatorio de la Publicidad es un foro de observación, análisis y canalización de las denuncias originadas por anuncios sexistas que aparezcan en cualquier medio de comunicación. Responde a la demanda de la sociedad de difundir una imagen no sexista de las mujeres a través de los medios de comunicación y de la publicidad, y a la necesidad de desarrollar en profundidad y junto a todos los agentes implicados (anunciantes, Administración y agencias), planteamientos no sexistas, con el objeto de defender una representación justa de las mujeres¹⁷⁷. Los contenidos más denunciados suelen ser el uso del cuerpo femenino como objeto erótico y sexual, la mujer como profesional devaluada y como foco de violencia y degradación y también el sexismo en los anuncios de juguetes¹⁷⁸.

El *Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres* se creó mediante el Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, en cumplimiento de una de las actuaciones del III Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres 1997-2000. Tiene como finalidad poder hacer un diagnóstico fiable y válido sobre los avances en igualdad de oportunidades y consecuentemente evaluar las políticas planeadas con ese fin. Está constituido por representantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, otros departamentos ministeriales, organizaciones de mujeres de ámbito nacional y representación de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias. Las comisiones de trabajo van a constituir el verdadero motor del Observatorio y se ha decidido iniciar el estudio de la situación en tres áreas: Empleo, Educación y Exclusión Social¹⁷⁹.

A partir de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres* se crea una *Comisión Interministerial de Igualdad entre Mujeres y Hombres* y las *Unidades de Igualdad* en

177 *Ibid.*, p. 22.

178 Durante el año 2001, el Instituto de la Mujer se dirigió a 19 empresas por los contenidos discriminatorios de sus mensajes, para promover la retirada de sus campañas. Paralelamente a lo anterior, el Instituto de la Mujer ofrece su colaboración con el fin de mejorar el tratamiento de la imagen de la mujer en la publicidad. Vid. NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 5º Informe periódico de España. Documento CEDAW/ESP/5, de 15 de abril de 2003, p. 23.

179 *Ibid.*, p. 28.

cada Ministerio. También se crea el *Consejo de Participación de las Mujeres*. Se establece la creación de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades y se regulan los Planes de Igualdad en las empresas y su negociación en los convenios colectivos¹⁸⁰.

En 2008 se crea el Ministerio de Igualdad¹⁸¹, que cuenta con dos órganos directivos: la Subsecretaría de Igualdad¹⁸² y la Secretaría General de Políticas de Igualdad¹⁸³, de la que dependen la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género¹⁸⁴, la Dirección General para la Igualdad en el Empleo y la Dirección General contra la Discriminación.

El 9 de enero de 2009, el Consejo de Ministros aprueba el Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en población extranjera inmigrante con una vigencia para el periodo 2009-2012.

VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA IGUALDAD Y DE LA NO-DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El Tribunal Constitucional, máxime intérprete de la Constitución, a través de sus sentencias, ha elaborado una doctrina precisa del significado de la igualdad y de la no-discriminación por razón de sexo.

Entiende que este tipo de discriminación comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas en el ámbito laboral basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 de la Constitución (Sentencia 41/2002, de 25 de febrero).

180 <http://www.migualdad.es/mujer>

181 Art. 17 del *Real Decreto 438/2008, de 14 de abril*.

182 Se adscriben a ella el Instituto de la Juventud y el Consejo de la Juventud de España.

183 Se adscriben a ella el Instituto de la Mujer y el Consejo de Participación de la Mujer.

184 Que asume las competencias de la suprimida Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Así, el Tribunal ha considerado discriminatoria la rescisión del contrato temporal a una trabajadora embarazada. La paridad que impone el art. 14 en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario afianzando todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (Sentencia 17/2003, de 30 de enero).

Ha otorgado el amparo a una mujer piloto de avión, despedida al quedar embarazada. Teniendo presente que la falta de aptitud para el vuelo de la recurrente era consecuencia del embarazo, y consciente la empresa de su obligación de efectuar una evaluación de riesgos que podría conducir al desarrollo de tareas en tierra (el título de la trabajadora lo permitía), ha considerado el Tribunal que la decisión empresarial de suspender el contrato, carente de justificación razonable, resultó ser discriminatoria por razón del sexo de la recurrente (Sentencia 161/2004, de 4 de octubre).

También ha entendido vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón del sexo de una trabajadora que solicitó reducción de jornada en un determinado turno de trabajo por guarda legal de hijo menor de seis años y le fue denegada. Para ponderar las exigencias que el citado art. 14 despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia. Se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones). Existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él (Sentencia 3/2007, de 15 de febrero).

El Tribunal Constitucional sostiene que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo comprende no sólo la discriminación *directa*, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta o *encubierta*, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo (Sentencias 203/2000, 24 de julio y 20/2001, de 29 de enero).

La denuncia de una discriminación indirecta, no exige que se demuestre como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones. Basta que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas, trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con menos de dos años de permanencia, etc. (Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre).

Cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, como lo es la discriminación por razón de sexo, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Sin embargo, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, no siendo suficiente la mera alegación de la vulneración (Sentencia 140/1999, de 22 de julio).

También se ha pronunciado el Tribunal acerca de la posible inconstitucionalidad de alguna de las reformas introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El otorgamiento de un diferente tratamiento penal a los mismos hechos -según los haya realizado un hombre o una mujer- ha sido fuertemente criticado desde distintos sectores que lo han considerado como un claro ejemplo de discriminación negativa para el hombre, pero también ha encontrado justificación desde otros. Sobre los artículos del Código Penal que la ley ha modificado se han presentado numerosas cuestiones

de inconstitucionalidad, y muchas de ellas han sido admitidas a trámite¹⁸⁵.

En Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Pleno del Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal, que permite elevar las penas en los casos en los que el varón sea el agresor y la mujer la víctima¹⁸⁶. El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestionó su constitucionalidad, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en dicho precepto y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita).

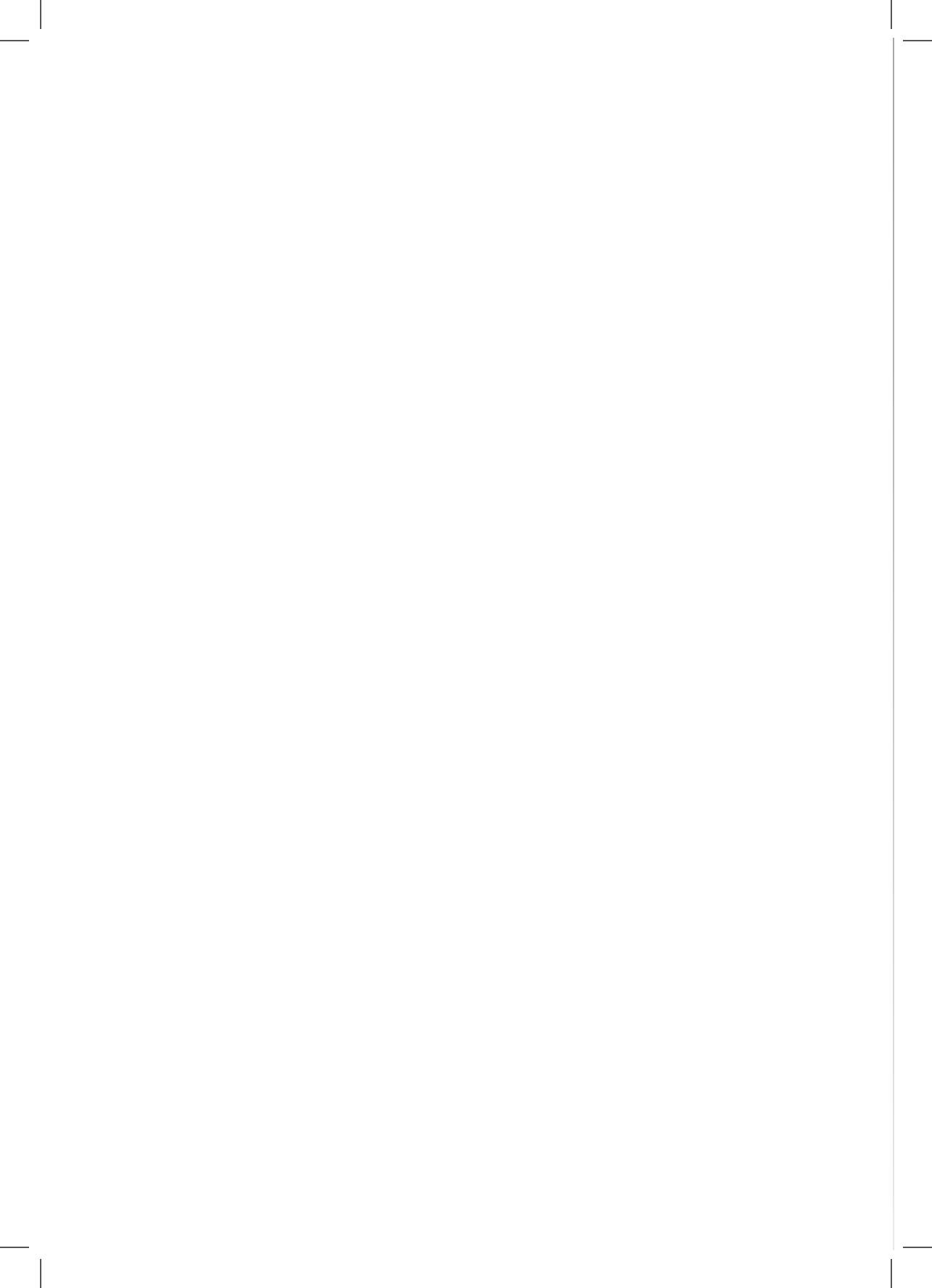
Argumenta el Tribunal Supremo en su sentencia que “como el término *género* que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo - el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”¹⁸⁷.

Al cierre de estas páginas el Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de otros artículos del Código Penal también modificados por la Ley 1/2004 que también elevan la pena en el caso de que el sujeto activo sea varón y el sujeto pasivo mujer.

185 Vid. entre otras BOE de 11 de febrero de 2008, de 20 de diciembre de 2008, de 23 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009.

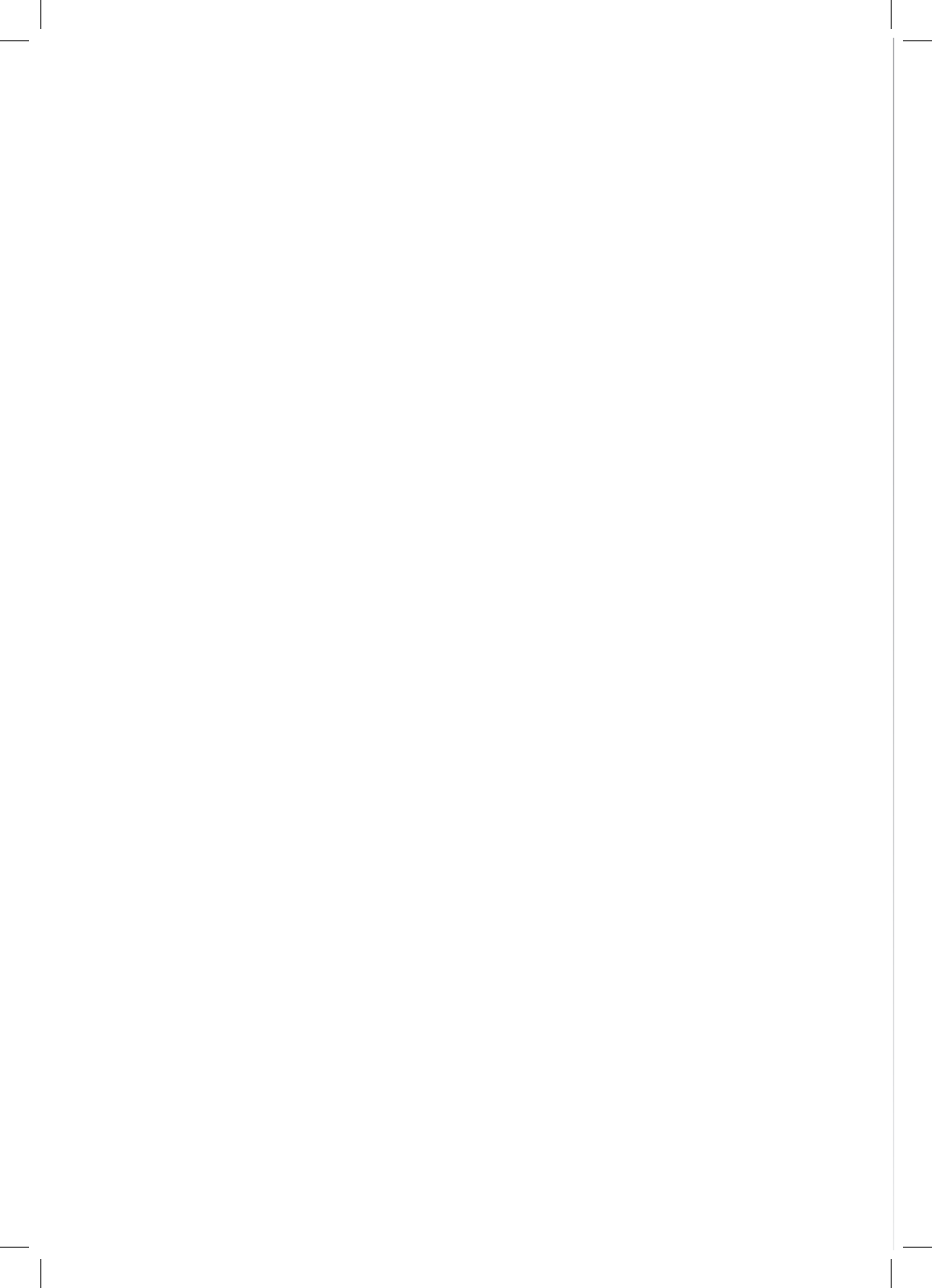
186 Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código Penal por posible violación del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE.

187 En desacuerdo, entre otros, MAYORDOMO RODRIGO, V., *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005, pp. 161-166.





ANEXOS



I. VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE EN EL CASO *SERVELLÓN Y OTROS VERSUS HONDURAS* (FONDO Y REPARACIONES, SENTENCIA DEL 21.09.2006, SERIE C, N. 152)

1. Quiso el destino que, aún durante mi período de servicios prestados como Juez Titular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el drama de los niños en la calle volviera al conocimiento de este Tribunal. Siete años después de la primera Sentencia de la Corte en el histórico *leading case* de los “Niños de la Calle” (*Vllagrán Morales y Otros versus Guatemala*, fondo, 1999, y reparaciones, 2001), y tres años después de la Sentencia de la Corte en el dramático caso *Bulacio versus Argentina* (fondo y reparaciones, 2003), la temática de la violencia contra niños y jóvenes en las calles vuelve a ocupar posición central en una Sentencia de esta Corte, en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras*. Al votar por la adopción de la presente Sentencia, me permito agregar a la misma este Voto Razonado, con mis reflexiones personales como fundamento de mi posición al respecto de lo deliberado por la Corte. Centraré mis reflexiones en los siguientes puntos: a) base de la responsabilidad internacional del Estado; b) base de la jurisdicción internacional; c) los atentados contra los derechos humanos en medio a la descomposición del tejido social; y d) la reacción del Derecho: las prohibiciones del *jus cogens* y la debida *reparatio* revisitadas.

I. BASE DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

2. En la presente Sentencia en el caso *Servellón y Otros*, la Corte la valorado positivamente el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado por los hechos violatorios de los derechos protegidos por la Convención Americana (párr. 77). Sin embargo, los términos de dicho reconocimiento no abarcan la totalidad de las reivindicaciones contenidas en la demanda (párr. 80). Y, me permito agregar, los términos del reconocimiento de responsabilidad estatal, al excluir expresamente “la existencia de un contexto de supuesta violación sistemática de los derechos humanos tolerado y consentido” por el Estado (párr. 54), plantean una cuestión que alcanza las propias bases de la responsabilidad del Estado (inclusive las distinciones básicas entre la responsabilidad directa e indirecta, la responsabilidad internacional objetiva o absoluta y la responsabilidad basada en la

falta (*culpa*), además de la cuestión de la intencionalidad (*dolus*) o no como configuración o no de una responsabilidad internacional agravada).

3. La Corte, ante los términos del reconocimiento de responsabilidad del Estado, se equivocó en su deliberación apresurada de dejar de convocar una audiencia pública sobre este importante caso. La audiencia pública que no hubo, hubiera ciertamente enriquecido la presente Sentencia, en tres aspectos: a) hubiera enriquecido el expediente e instrucción del caso (sobre todo ante la actitud positiva de colaboración procesal asumida por el Estado); b) hubiera aplicado a cabalidad en principio del contradictorio en cuanto al contexto del presente caso; y c) hubiera servido de satisfacción (como forma de reparación) a los familiares de las víctimas. Pero el actual afán - que no comparto, y al cual me opongo, - de *productividad* de la Corte (acompañada de decisiones inevitablemente aceleradas), el actual afán insensato de decidir la mayor cantidad posible de casos en tiempo récord, la privó de elementos que pudieran haber enriquecido esta Sentencia.

4. En lo que atañe al presente caso *Servellón y Otros*, no obran en el expediente ante esta Corte elementos probatorios que pudieran conllevar a la configuración de una *intención (dolus)* del Estado de efectuar una violación deliberada, sistemática y masiva de los derechos humanos en perjuicio de un segmento de su población (esencialmente, los jóvenes). Sin embargo, esto no exime el Estado de su responsabilidad por el *patrón sostenido de violencia crónica* victimando un segmento de su población (los jóvenes), - patrón este comprobado en el insatisfactorio expediente del presente caso. En realidad, este patrón se ha lamentablemente sostenido por un tiempo prolongado, que abarca el año de la ocurrencia de los hechos del presente caso (1995) y se extiende hasta la fecha (o sea, más de una década).

5. Hay un detalle que no quisiera que pasara desapercibido, dado su simbolismo, en mi percepción. Como señala la Corte en su relación de hechos probados en el *cas d'espèce*, "el día 15 de septiembre de 1995 la Policía Nacional realizó una detención colectiva, que comprendió aproximadamente 128 personas, en el marco de un operativo policial preventivo e indiscriminado (...) en la ciudad de Tegucigalpa, con el objeto de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional de

Honduras" (párr. 79.5). Entre los detenidos estaban Marco Antonio Servellón García (15 años), Rony Alexis Betancourth Hernández (17 años), Diómedes Obed García (19 años) y Orlando Álvarez Ríos (32 años), las víctimas en el presente caso (o sea, dos niños, un joven y un adulto), - que poco después fueron encontrados asesinados, con disparos en la nuca, en distintos lugares de la ciudad de Tegucigalpa, por lo que se denominó, y se tornó conocido, el episodio, como el caso de los "cuatro puntos cardinales" (párr. 79(32)).

6. O sea, el mantenimiento del orden para las celebraciones de la fecha nacional sirvió de pretexto para la perpetración de esta operación violenta y criminosa. El simbolismo de que se reviste el episodio reside, tal como lo vislumbro, en la *contraposición entre el Estado y la nación*. El Estado, histórica y originalmente concebido y creado para la realización del bien común, pasa a victimizar - en una asustadora inversión de valores - segmentos "indeseables" y marginados de su propia población. Como señalé en mi reciente y extenso *Curso General de Derecho Internacional Público* en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2005)¹, de los elementos clásicos constitutivos del Estado, - y prerequisites de su personalidad jurídica internacional, - que conforman su propia identidad y continuidad en el tiempo (o sea, territorio, sistema normativo y población), es precisamente el más precioso de ellos, la *población*, el que ha sido más descuidado y maltratado tanto en la doctrina como en la práctica!

7. Esto revela características de una verdadera tragedia, la gran tragedia de nuestros tiempos, agravada por el hecho que hoy día son cada vez menos los que leen y piensan, y se muestran dispuestos a aprender las lecciones del pasado. En el mundo extremadamente violento en que vivimos, hay, al contrario, que buscar protección *contra* el Estado, - contra el mito del Estado², - contra sus acciones y omisiones, y ante su manifiesta incapacidad - en casi todas partes del mundo contemporáneo - de extender un mínimo de protección a su población, y en particular a los segmentos más vulnerables de ésta.

8. Lo decidido en la presente Sentencia de la Corte en el caso *Servellón y Otros* se basa en la responsabilidad internacional objetiva

1 A.A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) ch. XXI (en prensa).

2 Para evocar la expresión utilizada en un estudio clásico de Ernst Cassirer.

del Estado. El caso clásico al respecto, en la jurisprudencia de esta Corte, es el de “*La Última Tentación de Cristo*”, atinente a Chile (Sentencia del 05.02.2001), en el cual me permití exponer, en mi Voto Concurrente, los fundamentos de la responsabilidad objetiva o absoluta en la doctrina jusinternacionalista. Pero no todos los casos de violaciones de derechos humanos tienen por base la responsabilidad internacional objetiva.

9. En mi supracitado *Curso General* de 2005 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, me permití observar que, a la par de dicho fundamento de la responsabilidad internacional, también hay casos de violaciones de derechos humanos en que la *culpa* (falta), e inclusive el *dolus* (cuando se comprueba la intencionalidad), se configuran, de ahí adviniendo la responsabilidad internacional *agravada*³. Cabe recordar, como ejemplos en este último sentido, los casos de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003), de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (Sentencia del 29.04.2004), de los *19 Comerciantes versus Colombia* (Sentencia del 05.07.2004), de la *Masacre de Mapiripán versus Colombia* (Sentencia del 15.09.2005), de la masacre de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), de la *Masacre de Ituango versus Colombia* (Sentencia del 01.07.2006), - en los cuales la *intención* del Estado de perpetrar *graves* violaciones de los derechos humanos, o su manifiesta negligencia en evitarlas, quedaron fehacientemente demostradas.

10. En estos casos, las violaciones graves fueron perpetradas en nombre del Estado, como persona jurídica de Derecho Internacional, y, además, en la misma línea de sus actos criminales se encubrieron los hechos, de todo esto derivando su responsabilidad internacional *agravada*. En suma, y en conclusión sobre el presente punto en examen, en la actual teoría general de la responsabilidad internacional del Estado, sigue subsistiendo la coexistencia de la responsabilidad internacional objetiva (o absoluta) y la responsabilidad internacional del Estado con base en la *culpa*, e inclusive en el *dolus* (*agravada*).

3 A.A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) ch. XV (en prensa).

II. BASE DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

11. Paso al punto siguiente de mi razonamiento: ya en mi Voto Razonado en el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, Sentencia del 24.01.1998) me permití distinguir las bases de la responsabilidad internacional (obligaciones convencionales) y de la jurisdicción internacional. La primera es de derecho material, siendo la segunda de orden jurisdiccional. Aunque en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras* no se hayan presentado problemas de orden jurisdiccional, sin embargo cabe aquí una precisión. Al extender su examen del caso más allá de lo que fue objeto del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte - sin que lo hubiera dicho - ha ejercido una *facultad inherente* a su jurisdicción. La Corte parece no haberse dado cuenta de que la tesis de los *poderes inherentes* fortalece su base jurisdiccional.

12. Esto ha sido demostrado fehacientemente en su experiencia en los últimos años, en el ejercicio de sus funciones tanto consultiva como contenciosa. En cuanto a la primera, la Corte hizo uso, de modo ejemplar, de sus facultades inherentes en su Opinión Consultiva n. 15, sobre *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos - del 14.11.1997)*, tal como lo señalé en mi Voto Concurrente. Y, en lo que concierne a su función contenciosa, sus dos históricas Sentencias, en materia jurisdiccional, en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein versus Perú* (ambas del 24.09.1999), son hoy internacionalmente aclamadas como una gran contribución a la jurisprudencia internacional en el sentido de la preservación de la integridad y del fortalecimiento de la jurisdicción internacional.

13. Las pocas voces reaccionarias discordantes que aún insisten en sostener una posición voluntarista de la materia⁴, más atentos y abiertos a los unilateralismos estatales (inclusive la pretensión de retirar la aceptación estatal de la competencia de la Corte con "efectos inmediatos") que a los imperativos de la jurisdicción internacional, se olvidan del carácter especial de los tratados de derechos humanos; se olvidan de las miles y miles de víctimas del régimen represivo instaurado en el Estado demandado en la época; se olvidan de que la propia credibilidad e integridad de la Corte estaban en juego; se

4 Incluyendo, para mi estupefacción y pesar, las de cuatro autores latinoamericanos.

olvidan de que la jurisdicción internacional era la última esperanza de los justiciables que se encontraban en total indefensión; se olvidan del imperativo del acceso a la justicia (perteneciente, a mi modo de ver, al dominio del *jus cogens*). Si la Corte hubiera seguido una visión voluntarista y estrictamente formalista del derecho aplicable, quizás hoy día ya no más existiría.

14. Afortunadamente, frente a la mayor crisis que enfrentó en toda su historia hasta la fecha, la Corte hizo uso firme y correcto de los poderes inherentes a su jurisdicción, y sus dos referidas Sentencias de vanguardia del 24.09.1999 son un marco en la jurisprudencia internacional contemporánea en materia de protección internacional de los derechos humanos, como internacionalmente reconocido. Otro ejemplo notable del uso de los poderes inherentes a su jurisdicción se encuentra en su Sentencia del 28.11.2003, en el caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá*, en la cual sostuvo con igual firmeza su facultad inherente de supervisar la ejecución o fiel cumplimiento de sus propias sentencias. Así, en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras*, la Corte podría haber sido más explícita en cuanto a la facultad inherente a su jurisdicción de haber profundizado en el examen del contexto del *cas d'espèce*.

15. Aun así, la Corte tomó en debida cuenta el contexto del presente caso. Como señalado en esta Sentencia, el Estado reconoció la existencia del “fenómeno de muertes violentas de menores”, pero negó que se trataba de “una política de `profilaxis social’” (párr.). La Corte afirmó correctamente que

“La responsabilidad internacional puede configurarse aún en ausencia de intencionalidad, y hechos violatorios de la Convención son de responsabilidad del Estado independientemente de que éstos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada” (párr. 107).

16. O sea, la Corte, en el ejercicio de una *facultad inherente* a su jurisdicción, determinó la responsabilidad internacional objetiva (*supra*) del Estado. La Corte señaló que, en el origen de la configuración de la responsabilidad internacional del Estado, éste último procedió a una detención programada y colectiva de 128 personas, “sin orden de detención y sin haber sido aprehendidas en flagrante delito”, detención ésta que se realizó “con la declarada finalidad de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional” (párr. 91). En la valoración de la

Corte, y en concordancia con su anterior Sentencia (del 18.09.2003) en el caso *Bulacio versus Argentina*, “las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales” (párr. 93), y los hechos del presente caso *Servellón y Otros* ocurrieron “en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras” (párr. 104).

III. UNA TRAGEDIA CONTEMPORÁNEA: LOS ATENTADOS CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS EN MEDIO A LA DESCOMPOSICIÓN DEL TEJIDO SOCIAL

17. En las declaraciones periciales que obran en el expediente del presente caso, recogidas en la Sentencia que viene de adoptar esta Corte, hay referencias a “la política de limpiar las calles” y a “la política de ‘cero tolerancia’ del Estado” (párr. 37(2)) y a la acción del crimen organizado, del narcotráfico y de “grupos particulares clandestinos de ‘limpieza social’” (párr. 37(3)). El cuadro que se desprende de los hechos del presente caso es, a mi modo de ver, el de una clara descomposición del tejido social, de un medio social indiferente a la suerte de sus miembros marginados, y partidario de políticas represivas, - como hoy día se constata en la virtual totalidad de América Latina y en casi todo el mundo, sobre todo en relación con los jóvenes (que viven en un presente fugaz, sin futuro) y los migrantes indocumentados.

18. No sorprendentemente y en buena hora, la Corte Interamericana retoma su mejor jurisprudencia, de las Opiniones Consultivas n. 17, sobre *La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), y n. 18, sobre *La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), así como de sus Sentencias en el caso de los “Niños de la Calle” versus *Guatemala* (fondo, 19.11.1999, y reparaciones, 26.05.2001)⁵. Ahora, en el presente caso *Servellón y Otros*, los hechos que han dado origen al *cas d’espèce* revelan, una vez más, que casos del género representan un microcosmo de la violencia perpetrada, sin fronteras, contra niños en las calles del mundo, reveladora a su vez del triste destino de muchos de los marginados y excluidos, ya en el alba de sus vidas. Para éstos, la vida efectivamente no es más que una *walking shadow*, en la expresión de un escritor universal, y una sombra que muy

5 Párrs. 114, 95 y 115, respectivamente, de la presente Sentencia.

pronto se desvanece. Su triste destino evoca el clásico lamento de *Macbeth* (1606) de Shakespeare:

“Tomorrow, and tomorrow, and tomorrow,
Creeps in this petty pace from day to day,
To the last syllable of recorded time;
And all our yesterdays have lighted fools
The way to dusty death. Out, out, brief candle,
Life’s but a walking shadow, a poor player
That struts and frets his hour upon the stage,
And then is heard no more. It is a tale
Told by an idiot, full of sound and fury
Signifying nothing”⁶.

19. Pero por más breves y efímeras que hayan sido las vidas de los abandonados del mundo, y torturados y asesinados con brutalidad por sus semejantes, ocupan éstos, sin embargo, como víctimas, una *posición central* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La centralidad de las víctimas en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra hoy sólidamente establecida, para lo que ha contribuido decisivamente la jurisprudencia de esta Corte Interamericana. Como lo señalé en mi Voto Razonado en el caso de los “Niños de la Calle” (reparaciones, 2001), - y como el presente caso *Servellón y Otros* vuelve a revelar, -

“El ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional” (párr. 1).

20. En su obra clásica *Los Misérables* (1862), Victor Hugo pondera con agudeza de espíritu:

«L’avenir arrivera-t-il? Il semble qu’on peut presque se faire cette question quand on voit tant d’ombre terrible. Sombre face-à-face des égoïstes et des misérables. Chez les égoïstes, les préjugés, les ténèbres de l’éducation riche, l’appétit croissant par

⁶ Shakespeare, *Macbeth* (1606), acto V, escena 5.

l'enivrement, un étourdissement de prospérité qui assourdit, la crainte de souffrir qui, dans quelques-uns, va jusqu'à l'aversion des souffrants, une satisfaction implacable, le moi si enflé qu'il ferme l'âme; - chez les misérables, la convoitise, l'envie, la haine de voir les autres jouir, les profondes secousses de la bête humaine vers les assouvissements, les coeurs pleins de brume, la tristesse, le besoin, la fatalité, l'ignorance impure et simple. Faut-il continuer de lever les yeux vers le ciel? (...)»⁷.

21. Las palabras penetrantes de Victor Hugo se revisten de gran actualidad. Las disparidades que flagelan las sociedades nacionales (y que hoy se agraban en el mundo mentirosamente "globalizado" de nuestros días), ponen de manifiesto una de sus características marcadas: el carácter tristemente *represivo* de dichas sociedades. En nombre de la seguridad pública se mata con impunidad los más vulnerables, los marginados y excluidos, los "indeseables", los *misérables* de Victor Hugo, los olvidados del mundo. Nuestras sociedades represivas de hoy día - no sólo en América Latina sino en todos los continentes (a todos he visitado, y sé de lo que hablo), - tampoco tienen memoria, están condenadas a vivir en un presente fugaz y desesperador, sin perspectivas alentadoras, sin futuro.

22. En las tumbas de cada uno de los niños y jóvenes asesinados en el *cas d'espèce* bien podría estar transcritos - hasta que los vientos y la lluvia los apaguen, bien después de la "memoria colectiva", - los versos con que Victor Hugo concluye su obra *Les Misérables*:

«Il dort. Quoique le sort fût pour lui bien étrange,
Il vivait. Il mourut quand il n'eut plus son ange;
La chose simplement d'elle-même arriva,
Comme la nuit se fait lorsque le jour s'en va»⁸.

Precisamente al *chiaroscuro* de la vida me referí, en el seno de la Corte Interamericana, hace media década, en mi Voto Razonado en el supracitado caso de los "Niños de la Calle", al abordar la tríada formada por la victimización, el sufrimiento humano y la rehabilitación de las víctimas, - a ser abordada a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 3 y 19):

7 Victor Hugo, *Les Misérables* (1862) (préface de Ch. Baudelaire), tomo III, Paris, Libr. Gén. Française, 1972, p. 30.

8 *Ibid.*, tomo III, p. 536.

“(…) La tensión del claro-oscuro, de los avances mezclados con retrocesos, es propia de la condición humana, y constituye, en efecto, uno de los legados más preciosos del pensamiento de los antiguos griegos (siempre tan contemporáneos) a la evolución del pensamiento humano, que ha penetrado la conciencia humana a lo largo de los siglos. La alegoría platónica de la caverna, por ejemplo, revela, con toda lucidez y su gran densidad existencial, la precariedad de la condición humana, y, por consiguiente, la necesidad de la trascendencia, más allá de la supuesta “realidad” cruda de los hechos. En el campo del Derecho, bien más allá del positivismo jurídico, hay que tener presente la realidad de la *conciencia humana*” (párr. 18).

23. En el mismo Voto Razonado advertí, en cuanto a la proyección del sufrimiento de las víctimas, que

“(…)el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social, que, al valorizar la violencia y la agresividad, relega a una posición secundaria las víctimas (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo” (párr. 22).

24. La violencia gratuita e innecesaria de órganos y agentes del poder estatal, sobre todo contra los segmentos más vulnerables de la población, y la exclusión y punición, así como el confinamiento, de los «indeseables» como «respuestas» estatales a un «problema social», ha sido una constante en la historia del Estado moderno. No han ocurrido sólo en los países de América Latina, sino también de Europa y de todo el mundo. Al examinarlos con detalles históricos, en los países de Europa occidental, en el período de 1500 hasta 1800 (en obra publicada originalmente en Francia en 1961), Michel Foucault se dejó llevar a comentar que «civilization, in a general way, constitutes a *milieu* favourable to the development of madness», siendo esta última (la locura) «la negación de la razón»⁹. El asesinato de niños en las calles del mundo es, además de una grave violación de los derechos humanos, una manifestación de la locura de los “civilizados”, la más enfática y asustadora negación de la razón.

⁹ Michel Foucault, *Madness and Civilization - A History of Insanity in the Age of Reason*, N.Y., Vintage, [1986 - reed.], pp. 217 y 107, y cf. pp. 47-49, 221-222, 269 y 289.

25. Al respecto, el respetable jusfilósofo Karl Jaspers advertía, hace algunas décadas, que la razón - que se encuentra inseparable de la existencia humana - no se impone *per se*, sino resulta de una decisión tomada por la persona humana en el ejercicio de su libertad. Como reconocidamente nos encontramos a la merced de eventos que se producen “fuera de nuestro control”, resulta que “reason can stand firm only in the strength of reason itself”¹⁰. Pienso que toda esta cuestión se encuentra hasta cierto punto envuelta por el misterio de la propia existencia humana.

26. Entre los cuatro victimados, torturados y asesinados por sus verdugos en el presente caso *Servellón y Otros*, uno de ellos, Diómedes, simplemente lloró. Lloró antes de recibir un “aviso previo” de que sería torturado y muerto. Lloró ante su impotencia y la inevitabilidad de su asesinato ante el monopolio del uso de la fuerza pública por el Estado. Nada le quedó sino llorar, al despedirse de la vida, por decisión arbitraria y criminosa de sus verdugos. Y esto es un de los muchos casos congéneres que ocurren diariamente en toda América Latina y en todo el mundo. El Estado crea los “indeseables”, al dejar de cumplir las funciones sociales para las cuales fue históricamente creado, y después los margina, excluye, confina, o mata (o deja matarlos).

IV. LA REACCIÓN DEL DERECHO: LAS PROHIBICIONES DEL *JUS COGENS* Y LA DEBIDA *REPARATIO* REVISITADAS

27. No podría concluir este Voto Razonado sin destacar la importancia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos: una vez más, los olvidados del mundo tuvieron su causa a ella elevada. Las humillaciones y sufrimientos de que padecieron han sido judicialmente reconocidos, con sus consecuencias jurídicas para los responsables por ellos. En la presente Sentencia, la Corte ha advertido para la peligrosa estigmatización de que niños y jóvenes pobres estarían condicionados a la delincuencia, que crea un “clima propicio” para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a su vida e integridad y libertad personales (párr. 113).

28. En su *Informe* de 14.06.2002 respecto de Honduras, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales,

10 K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time*, Hamden/Conn., Archon Books, 1971, pp. 59, 50 y 84.

Sumarias o Arbitrarias (Sra. A. Jahangir), advirtiendo contra “la criminalización de la pobreza” y la tendencia equivocada a atribuir las muertes violentas de menores a “enfrentamientos entre bandas”¹¹, afirmó que

“se vinculan sólida y categóricamente los casos de ejecuciones extrajudiciales de niños y el fenómeno general de la violencia juvenil y la pobreza en Honduras. (...) La delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público”¹².

29. Y acrecentó que en Honduras “los niños constituyen la mayoría de la población”, viviendo en condiciones de vulnerabilidad, afectados por “la pobreza y la inseguridad” derivadas de “la injusticia social, política y económica”¹³. Según la Relatora Especial de Naciones Unidas,

“en Honduras algunos niños han sido ejecutados por miembros de las fuerzas de seguridad. En la mayoría de los casos los niños estaban desarmados y no habían provocado a la policía a emplear la fuerza, y mucho menos medios letales. (...) Además de la impunidad institucionalizada, existe una campaña para condicionar a la opinión pública a apoyar la ‘limpieza’ de los niños indeseables en las calles de Honduras”¹⁴.

30. A su vez, en la misma línea de razonamiento, el [entonces] Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (Sr. Leo Valladares Lanza), en su *Informe Especial sobre Muertes Violentas de Niños, Niñas y Adolescentes en Honduras*, del 21.01.2002, también advirtió contra la marginación social de niños y jóvenes en Honduras, la indiferencia social y la “intolerable impunidad” frente a la “muerte masiva de adolescentes y jóvenes”, y sus consecuencias nefastas, como la escalada de violencia e inseguridad ciudadana. En sus palabras,

“En los últimos cuatro años el derecho a la vida y a la integridad personal han sido transgredidos en forma sistemática, hacia un

11 ONU, documento E/CN.4/2003/3/Add.2, del 14.06.2002, p. 12, párrs. 31-32.

12 *Ibid.*, p. 11, párr. 29.

13 *Ibid.*, pp. 27 y 14, párrs. 87 y 39. Según la Relatora Especial de Naciones Unidas, “muchas de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales pertenecen a familias monoparentales que suelen estar encabezadas por la madre. La pérdida de autonomía de la mujer está estrechamente vinculada a la marginación del niño”; *ibid.*, p. 27, párr. 88.

14 *Ibid.*, p. 25, párr. 73.

sector claramente identificado. Bajo presunciones arbitrarias, agentes policiales, grupos organizados bajo la tolerancia del Estado y hasta venganzas de particulares han asesinado a adolescentes y jóvenes en distintas ciudades del país” (párr. 7)¹⁵.

31. Al referirse expresamente al caso de *Servellón y Otros*, denominado caso de los “cuatro puntos cardinales” (párr. 71), agregó que “a la juventud se le ha obligado a desconfiar de una sociedad que no sólo la margina, sino que la despoja y que le pone miles de obstáculos en el camino para lograr su desarrollo o una mínima calidad de vida con dignidad” (párr. 38). Ya no se trata de desapariciones forzadas ni de “cementeros clandestinos” o “centros ocultos de detención” como se practicaban en la década de los ochentas (párr. 69). En mediados de los años noventa, se trata de

“una campaña de ‘limpieza social’ o ‘profilaxis social’, en la que con frecuencia se desconoce la identidad de las víctimas, se confunde la de los victimarios y en muchos casos nadie pide una investigación de lo ocurrido. (...) Los niños o jóvenes de la calle no se les reconocen sus derechos y siempre se les presume culpables, en lugar de inocentes. (...) La mayoría de los autores de la violencia son agentes del orden público, pero paulatinamente van interviniendo personas calificadas como ‘desconocidas’, (...) grupos de exterminio o escuadrones de la muerte, cuyos efectivos en algunos casos han sido reconocidos como miembros de cuerpos de seguridad del Estado” (párrs. 69 y 72).

32. Al autoritarismo de la década de los ochentas se siguió este cuadro de violencia crónica de la década de los noventas, con la tolerancia por parte del Estado y su negligencia en cuanto a la impunidad¹⁶. En la lúcida evaluación del autor del referido *Informe Especial*, el ex-Comisionado Leo Valladares Lanza,

“La pobreza o la extrema pobreza sigue siendo (...) la peor forma de violencia a que está sometida gran parte de la niñez y adolescencia del país. En ella está la raíz que explica los miles de niños y niñas que son víctimas diarias de abusos en las

15 Y cf. párrs. 1-3 y 11-12.

16 Párrs. 91, 152 y 192(11); agrega el referido *Informe Especial* que, de la totalidad de jóvenes muertos de forma violenta, “una gran cantidad no pertenecía a ‘maras’ o pandillas (66%), ni contaban con antecedentes de infracción a las leyes” (párr. 192(2)).

calles. (...) Los adultos se han mostrado indiferentes o han respondido equivocadamente, considerándolos `objetos de compasión y represión al mismo tiempo, en lugar de sujetos plenos de derechos'" (párr. 43).

33. Ante esta jurisdicción internacional, los olvidados del mundo son tratados como sujetos plenos de derecho, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. Sus padecimientos no pasan en vano. En la presente Sentencia en el caso *Servellón y Otros*, el caso de los "cuatro puntos cardinales", la Corte Interamericana concluyó que

"las víctimas fueron detenidas colectivamente, de forma ilegal y arbitraria, sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes durante su detención. (...) El ensañamiento con que se ejecutó a las víctimas, privándoles de la vida en forma humillante, las marcas de tortura física presentes en los cuatro cadáveres, y la forma como sus cuerpos fueron abandonados a la orilla de la calle, constituyeron graves atentados al derecho a la vida, a la integridad y libertad personales" (párr. 99).

34. Frente a los hechos del presente caso, la Corte ha correctamente reiterado su posición en el sentido de que la prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el respeto del principio básico de igualdad y no-discriminación, se revisten de carácter imperativo, pertenecen al dominio del *jus cogens*, y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección (párrs. 97 y 94), con todas sus consecuencias jurídicas para las reparaciones. Sobre este último punto, me permito aquí reiterar lo que señalé en mi Voto Razonado en el caso *Bulacio versus Argentina* (Sentencia del 18.09.2003), a saber:

"Es aquí que el Derecho interviene, para frenar la crueldad con que los seres humanos tratan a sus semejantes. Es aquí, en razón de esto, que interviene el Derecho, para afirmar su propio primado sobre la fuerza bruta, para intentar ordenar las relaciones humanas según lo dictados por la *recta ratio* (el derecho natural), para mitigar el sufrimiento humano, y para hacer la vida, de ese modo, menos insoportable, o quizás soportable, - en el entendimiento de que la vida con sufrimiento, y solidaridad, es preferible a la no-existencia. (...)

De ahí la importancia de la realización de la justicia. Contra los actos de violencia violatorios de los derechos humanos se erige el orden jurídico (nacional e internacional), para

asegurar la prevalencia de la justicia y, de ese modo, extender satisfacción a las víctimas (directas e indirectas). En su obra *L'Ordinamento Giuridico*, originalmente publicada en 1918, el jusfilósofo italiano Santi Romano sostenía que la sanción no se prende a normas jurídicas específicas, sino es inmanente al orden jurídico como un todo, operando como una 'garantía efectiva' de todos los derechos subjetivos en dicho orden consagrados¹⁷. (...)

El Derecho, emanado de la conciencia humana y por ésta movido, viene a proveer la *reparatio* (del latín *reparare*, 'disponer de nuevo'); interviene, asimismo, para impedir que el mal vuelva a repetirse, o sea, para establecer, como una de las formas de reparación no-pecuniaria de los daños resultantes de las violaciones de derechos humanos perpetradas, la *garantía de no-repetición de los hechos lesivos*. Dicha garantía de no-repetición ya tiene su lugar asegurado en el elenco de las formas de reparación por las violaciones de los derechos humanos. (...)

La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió¹⁸; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, - un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana¹⁹. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los hechos lesivos.

La *reparatio* dispone de nuevo, reordena la vida de los sobrevivientes victimados, pero no logra eliminar el dolor que ya está incorporado ineluctablemente al cotidiano de su existencia. (...) La *reparatio* es un deber ineludible de los que tienen por responsabilidad impartir la justicia. En una etapa de

17 Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad. 2a. ed., reed.), Paris, Dalloz, 2002, p. 16.

18 La capacidad humana tanto de promover el bien como cometer el mal no ha cesado de atraer la atención del pensamiento humano a la largo de los siglos; cf. F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, México, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier, 1949, pp. 5-412.

19 Como me permití señalar en mi Voto Concurrente de ayer, en la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2203), párr. 89.

mayor desarrollo de la conciencia humana, y por consiguiente del propio Derecho, resulta indudable que la realización de la justicia se sobrepone a todo y cualquier obstáculo (...). La *reparatio* es una reacción, en el plano del Derecho, a la crueldad humana, manifestada en las más diversas formas: la violencia en el trato con los semejantes, la impunidad de los responsables por parte del poder público, la indiferencia y el olvido del medio social.

Esta reacción del orden jurídico quebrantado (cuyo *substratum* es precisamente la observancia de los derechos humanos) se mueve, en última instancia, por el espíritu de solidaridad humana. Esta última, a su vez, enseña que el olvido es inadmisibles (...). La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, (...) se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. (...)” (párrs. 30, 33, 35 y 37-40).

35. Estas reflexiones, que me permití desarrollar en el caso *Bulacio*, sitúan, a mi modo de ver, en su debida dimensión, las distintas modalidades de reparación ordenadas por la Corte Interamericana también en el presente caso *Servellón y Otros*. Me parece de todo apropiado ordenar, v.g., como lo ha hecho la Corte en la presente Sentencia (punto resolutive n. 11), la realización, por el Estado demandado, de “una campaña con la finalidad de sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado, y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia”.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

2. VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE EN EL CASO DE LA *COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VERSUS PARAGUAY* (FONDO Y REPARACIONES, SENTENCIA DEL 29.03.2006, SERIE C, N. 146)

1. He concurrido con mi voto a la adopción, en esta ciudad de Brasíla, de la presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay*. Dada la alta relevancia que atribuyo a la materia tratada en la presente Sentencia, me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales al respecto, como fundamento de mi posición sobre la materia objeto de la decisión de la Corte, particularmente en cuanto a los siguientes aspectos: a) dos temas centrales: la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida y el derecho a la identidad cultural; b) raíces históricas de las privaciones de los miembros de la Comunidad; c) el desplazamiento forzado interno como problema de derechos humanos; d) la inadmisibilidad de la *probatio diabolica*; e) la cuestión del nexo causal: la falta de debida diligencia del poder público; f) el derecho a la vida y la identidad cultural; g) el sufrimiento de los inocentes y la centralidad de la víctima abandonada como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El campo estará entonces abierto para la presentación de mis reflexiones finales, versando sobre dos puntos: a) los derechos de los pueblos indígenas en la formación y desarrollo del derecho de gentes (*jus gentium*); y b) la gran lección del presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

I. DOS TEMAS CENTRALES: LA AMPLIA DIMENSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

2. En el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), su *leading case* sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, a abarcar también las condiciones de una vida digna, la Corte Interamericana ponderó que

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos

carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él²⁰.

3. Y, en el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), su *leading case* sobre el derecho de propiedad comunal de la tierra ancestral, de miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana señaló que para los miembros de dichas comunidades la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras²¹. En un Voto emitido en aquel caso, se subrayó la *dimensión intertemporal* de la relación de los miembros de aquellas comunidades con sus tierras, así como la necesaria prevalencia por estos últimos atribuida

“al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*.”

La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párr. 144.

21 CtIADH, Sentencia de fondo del 31.08.2001, Serie C, n. 79, párr. 149.

generaciones (las pasadas y las futuras)²², en relación con las cuales tenemos obligaciones²³.

4. El concepto de *cultura*, - originado del “*colere*” romano, significando cultivar, tomar en cuenta, cuidar y preservar, - se manifestó, originalmente, en la agricultura (el cuidado con la tierra). Con Cícero, el concepto pasó a ser usado para cuestiones del espíritu y del alma (*cultura animi*)²⁴. Con el *pasar del tiempo*, pasó a ser asociado al humanismo, a la actitud de preservar y cuidar de las cosas del mundo, inclusive las del pasado²⁵. Los pueblos - los seres humanos en su entorno social - desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el misterio de la vida. De ahí la importancia de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida.

5. Las dos supracitadas Sentencias de la Corte Interamericana, en los casos de “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros*) y de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, son verdaderamente pioneras en relación con los dos temas centrales anteriormente mencionados, y han sido muy positivamente recibidas por la doctrina jurídico-internacional contemporánea²⁶; son, asimismo, a mi juicio, expresión

22 Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional: cf., v.g., A.-Ch. Kiss, “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, 175 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius y S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; J. Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153.

23 CtIADH, *loc. cit. supra* n. (2), Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrs. 9-10.

24 H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [reprint], pp. 211-213.

25 *Ibid.*, pp. 225-226.

26 Cf., específicamente en cuanto al de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), v.g., los libros: CEJIL, *Crianças e Adolescentes - Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, CEJIL/Brasil, 2003, pp. 7-237; Casa Alianza, *Los Pequeños Mártires...*, San José de Costa Rica, Casa Alianza/A.L., 2004, pp. 13-196; y cf. también, v.g., K. Quintana Osuna y G. Citroni, “I minori d’età di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo”, 2 *Pace Diritti Umani* - Università di Padova (2005) pp. 55-101, esp. pp. 69-72; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso. Y, específicamente en cuanto al caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua*, el libro: Felipe Gómez Isa (ed.), *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua: Nuevos Horizontes para los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003,

correcta del Derecho, y hoy forman parte de la historia de la protección internacional de los derechos humanos. Ambas lograron un notable avance jurisprudencial sobre las materias tratadas.

6. Al constatar, con particular tristeza, en la subsiguiente Sentencia de fondo de esta Corte, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa versus Paraguay* (fondo, 2005), un grave retroceso en relación con el amplio alcance del derecho a la vida, además de una lamentable incongruencia en la nueva y restrictiva hermenéutica de la Corte, dejé constancia de mi firme oposición a lo que me pareció - y me parece - una regresión inadmisibles. La clara advertencia contra tal retroceso en un Voto Disidente en el referido caso de la *Comunidad Yakye Axa* (fondo)²⁷, parece haber resonado en la mente de la mayoría de la Corte, que cuidó de no reincidir en su error (del punto resolutivo n. 4 de aquella Sentencia) y rectificar su posición insostenible en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

7. En mi reciente Voto Razonado en la Interpretación de Sentencia en el caso de la *Comunidad Yakye Axa* (2006), destaqué la relevancia que atribuyo, en las circunstancias del caso, a la entrega definitiva de sus tierras ancestrales a los miembros de aquella Comunidad (párrs. 2-3 y 6-7), inclusive para la protección y preservación de "su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*" (párr. 13). En la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, la Corte ha correctamente subrayado las medidas positivas para proteger y preservar el derecho inderogable a la vida (párrs. 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrs. 206-211) han tenido presente la necesidad apremiante de preservación de la identidad cultural de la Comunidad en aprecio (párrs. 218-219, 226 y 231).

pp. 9-279; y cf. también, v.g., C. Binder, "The Case of the Atlantic Coast of Nicaragua: The *Awas Tingni* Case", in *International Law and Indigenous Peoples* (eds. J. Castellino y N. Walsh), Leiden, Nijhoff/R. Wallenberg Institute, 2005, pp. 249-267; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso.

²⁷ Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 1-24.

II. RAÍCES HISTÓRICAS DE LAS PRIVACIONES DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD

8. En efecto, la injusticia de que padecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tiene raíces históricas. En su demanda del 02 de febrero de 2005, la CIDH relató que

“Un misionero anglicano escribió en 1910 que los Enxet de la zona [del Chaco] en aquel entonces todavía vivían como los dueños de todo su territorio, desconociendo el hecho de que el Estado paraguayo había vendido su tierra a extranjeros, sin consultarles al respecto y menos aún ofrecer una indemnización a cambio”²⁸.

En su escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas, del 18.05.2005, los representantes de las víctimas (de la organización [no-gubernamental] Tierraviva), agregaron que

“Para el año 1950, prácticamente todo el territorio Enxet estaba dividido entre estancias y algunas tierras menores compradas por los anglicanos. El sistema extensivo de explotación establecido en el Chaco toleró la presencia indígena en los establecimientos ganaderos, ya sea como mano de obra barata efectiva o potencial”²⁹.

9. Como consecuencia de la comercialización de las tierras ancestrales del pueblo indígena Enxet, éstos se vieron desplazados forzadamente. En su supracitada demanda, la CIDH señaló que

“Ante las deplorables condiciones de vida, miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa [del pueblo Enxet] que habitaban en aldeas ubicadas en estancias privadas decidieron trasladarse a la vera de un camino público, frente a las tierras reivindicadas, en espera que el Estado resolviera su solicitud de reconocimiento de parte de su territorio ancestral”³⁰.

10. En realidad, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa del pueblo Enxet se encuentran hasta hoy viviendo en condiciones infrahumanas³¹, - o sobreviviendo, o varias veces muriendo, - a la vera del camino conocido como ruta Coronel Franco, en los

28 Página 9, párr. 38 de la referida demanda.

29 Página 8 del referido escrito.

30 Página 12, párrafo 50 de la referida demanda.

31 Descritas en el párrafo 72.61-75, letras “e” y “f”, de la presente Sentencia.

asentamientos de Santa Elisa y kilómetro 16³². Esto, - como observan en su supracitado escrito los representantes de las víctimas, - a pesar de que

“El pueblo Enxet preexiste históricamente al Estado paraguayo conforme a su propio reconocimiento, y por ende y en consecuencia sus derechos sobre sus territorios son anteriores al mismo (...).

(...) El área reivindicada por la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa es parte de su hábitat tradicional, hecho no controvertido por el Estado paraguayo. A pesar de ello, el Estado no ha garantizado a la Comunidad y a sus miembros la posesión y propiedad de dicho territorio”³³.

11. En su contestación de la demanda, del 13.07.2005, el agente del Estado demandado admite que los referidos pueblos indígenas

“existen como culturas anteriores a la formación del Estado paraguayo, como reconoce la Constitución nacional”³⁴,

y además “acepta que la legislación vigente en la materia es perfectible”³⁵, y “lamenta profundamente el fallecimiento” de 31 miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, pero contesta la imputación al Estado de la responsabilidad por dichas muertes³⁶.

12. Los padecimientos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa se han proyectado en el tiempo. A su lucha por la sobrevivencia, y por la preservación de su *modus vivendi*, se suma el dolor ante la indiferencia y el olvido del medio social. Las condiciones en que sobreviven parecen privarlos de su propia historia. ¿Tienen historia los pobres y abandonados? Fue la pregunta que se planteó en un Foro Internacional organizado, en marzo de 1998, por la UNESCO y la Academia Universal de las Culturas. Ahí se recordó una reflexión, desarrollada por J. Wresinski, fundador del movimiento ATD Cuarto Mundo, en términos elocuentes:

32 Y otras estancias; cf. página 23 del supracitado escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas de los representantes de las víctimas.

33 *Ibid.*, p. 22.

34 Página 21, párr. 47, de la referida contestación de la demanda.

35 *Ibid.*, p. 70, párr. 8.

36 Cf. *ibid.*, pp. 52-60, párrs. 143-163.

“El otro día volví a pasar por allí, pero ni siquiera reconocí el lugar donde estaban antes las chabolas, y tampoco el de la ciudad vieja. Y sin embargo, ¡cuántas lágrimas han mojado aquel suelo, cuántos sufrimientos han debido soportar cientos de familias en esos lugares! ¡Cuántos gritos han hendido el cielo! Exteriormente no hay nada que recuerde ese dolor (...). En esos lugares la humanidad ha sufrido como en ninguna otra parte. Hemos visto a niños mendigando, cubiertos de oprobio. Hemos sido testigos de grandes humillaciones. Hemos visto la arbitrariedad enseñorearse sin cortapisas. Hemos presenciado cómo legiones de pobres se han envilecido hasta morir de vergüenza. ¿Quién se enterará de esto? ¿Quién dará testimonio de ello? (...)

Los más pobres nos dicen a menudo: no es sólo tener hambre o no saber leer, ni siquiera el no tener trabajo, que es la peor desgracia que le puede ocurrir al hombre; lo más terrible de todo es saber que uno no cuenta para nada, hasta el punto de que se ignora incluso nuestro sufrimiento. Lo peor es el desprecio de nuestros conciudadanos. Porque es ese desprecio el que nos deja al margen de todo derecho, lo que hace que la gente nos rechace, y nos impide ser reconocidos como dignos y capaces de responsabilidades. La mayor desgracia de la extrema pobreza es la de ser una especie de muertos vivientes durante toda nuestra existencia”³⁷.

13. Los pueblos indígenas siguen luchando desesperadamente por preservar no sólo su cultura, sino su propia historia. Y hay en esto una gran sabiduría, que ya no tienen los irritantes “modernos” y aún menos los aún más irritantes “posmodernos”. En sus fragmentos, poco conocidos, sobre el griego *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad* y la *Impermanencia* (circa 1927), el gran escritor universal Fernando Pessoa ponderaba con acierto que el hombre que no conoce su medio y su pasado es un “bárbaro”, o sea, un hombre “totalmente moderno”, sin noción de la civilización que lo precedió y lo produjo, y que se limita a encontrar placer en las “novedades”; pero la verdadera y duradera innovación, agregaba,

37 Cit. in: J. Tonglet, “¿Tienen Historia los Pobres?”, in *¿Por Qué Recordar? - Foro Internacional “Memoria e Historia”* (UNESCO/La Sorbonne, marzo de 1998, ed. F. Barret-Ducroq), Barcelona, Granica, 2002, pp. 51-52 y 54-55.

“es aquella que ha tomado todos los hilos de la tradición y los ha tejido nuevamente, de acuerdo con un patrón que la tradición no podría haber seguido”³⁸.

III. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO COMO PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS

14. El problema de los desplazados internos, como el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* lo ilustra, es efectivamente un problema de derechos humanos. La vulnerabilidad de la situación de los desplazados resulta precisamente del hecho de que se encuentran ellos bajo la jurisdicción del Estado³⁹ (su propio Estado) que no tomó suficientes medidas para evitar o impedir la situación de virtual abandono de que vinieran a padecer. La situación de los desplazados internos puede perfectamente - y debe - ser resuelta a la luz de la normativa de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana. Como me permití señalar en mi Voto Razonado (párr. 17) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (fondo, Sentencia del 15.06.2005), los *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de 1998 de Naciones Unidas determinan que el desplazamiento no puede efectuarse en violación del derecho a la vida - ahí incluido el derecho a un estándar adecuado de vida, el derecho de vivir; - del derecho a la dignidad personal, a la libertad y a la seguridad de las personas afectadas; del derecho al respeto por la vida familiar; del derecho a la educación; del derecho a la igualdad ante la ley⁴⁰.

15. El hecho de que se trata de un problema de derechos humanos no significa que la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea suficiente para resolverlo en todas y cualesquiera circunstancias. En efecto, en circunstancias distintas de las del *cas d'espèce*, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados pueden tener - y han tenido - incidencia directa y convergencia en la búsqueda de una solución

38 F. Pessoa, *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2001 [reed.], pp. 21-22.

39 M. Stavropoulou, “Searching for Human Security and Dignity: Human Rights, Refugees, and the Internally Displaced”, in *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou and C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 181-182.

40 Principios 8 y siguientes, 17-18, 20 y 23, respectivamente; cf. ONU, documento E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11.02.1998, pp. 6-10.

para salvaguardar los derechos de la persona humana. La cuestión del *retorno*⁴¹ (al hogar, a las tierras ancestrales), por ejemplo, es común a los desplazados internos víctimas de violaciones de los derechos humanos (como en los casos de las *Comunidades Indígenas Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, 2005-2006, atinentes al Paraguay), así como a los refugiados (como en el reciente caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, 2005-2006); aquí la cuestión de la propiedad de la tierra ancestral asume una importancia fundamental, inclusive para la preservación del derecho a la vida *lato sensu*, abarcando las condiciones de una vida digna y la necesaria preservación de la identidad cultural.

16. En el presente caso, los padecimientos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* constituyen ya hace mucho un hecho de conocimiento público y notorio. Hace media década, por ejemplo, un *Informe* de situación general de la CIDH advertía para la urgencia y apremiante necesidad de resolver las reivindicaciones de tierra dada “la situación inhumana sufrida por la Comunidad de Sawhoyamaya”⁴². En el procedimiento contencioso que viene de culminar con la adopción de la presente Sentencia de la Corte, los representantes de las víctimas (de la organización no-gubernamental Tierraviva), en su escrito de alegatos finales del 16 de febrero de 2006, argumentaron que la no-adopción de medidas positivas por parte del Estado creó las condiciones que conllevaron a la muerte de varios miembros de la Comunidad de Sawhoyamaya (p. 45), y señalaron que

“La mayoría de los niños y niñas fallecidos y fallecidas (...) lo fueron por enfermedades todas prevenibles (disentería, tétanos, enterocolitis, pulmonía, deshidratación, sarampión, neumonía) o tratables médicamente (...). (...) A pesar del conocimiento que el Estado tiene de la especial condición de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya asentados al costado de la ruta, el Estado no ha tomado las medidas necesarias para evitar la existencia de condiciones

41 C. Phuong, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, University Press, 2004, pp. 27 y 47-48, and cf. pp. 57, 62, 117, 191 y 212.

42 OAS/Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, doc. OEA/Ser.L/V/II.110/doc.52, de 09.03.2001, p. 134, párr. 48.

objetivas que impiden el disfrute pleno del derecho a la vida de sus miembros”⁴³.

17. A su vez, la CIDH, en su escrito de alegatos finales también del 16 de febrero de 2006, advirtió que “la Comunidad de Sawhoyamaxa se encuentra en la indigencia total”, y reiteró lo señalado en su demanda en el sentido de que

“31 miembros de la Comunidad, la mayoría niños y niñas, habían fallecido por enfermedades que pudieron prevenirse y curarse, o mejor aún impedirse (...). (...) Lamentablemente, en número de personas fallecidas en la Comunidad por falta de atención médica y como consecuencia directa de las condiciones infrahumanas y de indigencia total en las que vivían, es superior al planteado en la demanda. En consecuencia, la Comisión considera que está acreditado en el presente caso que las muertes de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa acontecidas por falta de atención médica y por vivir en condiciones de vida infrahumanas son imputables al Estado”⁴⁴.

18. Algunos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* murieron cuando no tenían más que días, o semanas, o meses de vida⁴⁵. Murieron en la indigencia total, tal como hubieron sobrevivido, en la humillación de la indigencia total (que es la denegación de la totalidad de los derechos humanos), en la borda o el costado de una carretera (que une Pozo Colorado y Concepción), en toda probabilidad sin poder desarrollar un proyecto de vida. Hoy día, por toda parte, en diferentes latitudes, aumentan los marginados, los que mueren, o quizás sobreviven, en el abandono, ante la indiferencia o la insensibilidad del aparato del poder público (más bien orientado a satisfacer intereses privados, en total distorsión de los fines del Estado), haciendo resonar el lamento de Montesquieu en sus *Lettres persanes* (1721):

«in faut pleurer les hommes à leur naissance, et non pas à leur mort»⁴⁶.

43 Páginas 46-47 del referido escrito de alegatos finales, y cf. pág. 45.

44 Página 10 del referido escrito de alegatos finales, párrs. 38-39.

45 Cf. relación en los párrafos 61 y 66 de la presente Sentencia.

46 Montesquieu, *Lettres persanes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1964 [reed.], p. 77.

19. O haciendo resonar el desahogo final de Machado de Assis, en sus penetrantes *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881):

“Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria”⁴⁷.

O haciendo aún resonar la más reciente protesta (1998) de Elie Wiesel, Premio Nobel de la Paz (en 1986), contra la indiferencia ante el sufrimiento de los demás:

“los dos grandes misterios - el nacimiento y la muerte - son lo que todos los seres humanos tienen en común. Sólo el recorrido es diferente. Y cabe a nosotros humanizarlo. (...) Todo ser humano tiene el derecho a la dignidad. Violar este derecho, es humillar el ser humano. (...) Hay que combatir la indiferencia. Ella sólo ayuda el (...) el opresor, (...) jamás la víctima”⁴⁸.

IV. LA INADMISIBILIDAD DE LA *PROBATIO DIABOLICA*

20. En su demanda del 02 de febrero de 2005 en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos oportunamente recordó la *jurisprudence constante* de esta Corte en el sentido de que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia, la cual no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, y sin perjuicio de la seguridad jurídica y del equilibrio procesal de las partes (párr. 29). En una situación como la presente, imponer a la parte ostensiblemente más débil, desprovista de medios de una subsistencia mínimamente digna, un estándar probatorio más alto, equivaldría, a mi modo de ver, a incurrir en el lamentablemente equívoco de la exigencia de una *probatio diabolica*.

21. Esta última fue así designada en el derecho romano, precisamente en materia de prueba de posesión (para obtener la propiedad), y debió el nombre de *probatio diabolica* al grado de gran dificultad exigida de la parte litigante en cuestión⁴⁹. Ese estándar indebido de *onus probandi* fue invocado en la Edad Media, y ha inclusive sido objetado

47 Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, 4a. ed., São Paulo, Ateliê Ed., 2004 [reed.], p. 254.

48 E. Wiesel, «Contre l'indifférence», in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

49 H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, University Press, 1967, p. 156.

en el contencioso interestatal contemporáneo⁵⁰. En mi entender, la *probatio diabolica* es enteramente inadmisibles en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

22. Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (del 17.06.2005), en cuanto a su punto resolutive n. 4, no sólo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, *supra*), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.

23. En casos de prolongadas violaciones de los derechos humanos, y, en particular, del derecho a la vida, como las del *cas d'espèce*, no se necesitan pruebas adicionales, estando el nexo causal ya demostrado (cf. *infra*). Las obligaciones del Estado son de diligencia y resultado, no sólo de mera conducta (como la adopción de medidas legislativas insuficientes e insatisfactorias). En efecto, el examen de la distinción entre obligaciones de conducta y de resultado⁵¹ ha tendido a efectuarse en un plano puramente teórico, presuponiendo variaciones en la conducta del Estado, e inclusive una sucesión de actos por parte de este último⁵², - y sin tomar suficiente y debidamente en cuenta una situación en que súbitamente ocurre un daño irreparable a la persona humana (v.g., la privación del derecho a la vida por la falta de la debida diligencia del Estado).

V. LA CUESTIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA DEL PODER PÚBLICO

24. En el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* los hechos son clarísimos, y no requieren prueba adicional alguna (lo que equivaldría a una inadmisibles *probatio diabolica*, *supra*)

50 A ejemplo de las excepciones preliminares interpuestas por Francia en el caso movido contra ella y otros Estados por Yugoslavia, en razón del *bombardeo por la OTAN* de 1999; Corte Internacional de Justicia, excepciones preliminares de Francia del 05.07.2000, pp. 4 y 16, párrs. 25 y 33.

51 A la luz sobre todo de la labor de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados.

52 Cf. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato - Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 50-55 y 128-135.

en cuanto a la violación del derecho fundamental a la vida. Tal derecho fue violado ante las condiciones inhumanas de vida a que fueron sometidos los miembros de dicha Comunidad, desplazados forzosamente de sus tierras ancestrales. La muerte de varios de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa es, a mi juicio, una circunstancia *agravante*, por cuanto a la muerte espiritual se siguió la muerte física o biológica, en violación de los artículos 4(1) y 1(1) de la Convención Americana.

25. En mi entender, el nexo causal - que lamentablemente parece continuar a desorientar la mayoría de esta Corte - se encuentra igualmente claramente establecido, en la falta de debida diligencia por parte del Estado en cuanto a las *condiciones de vida de todos los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa*. Se configuró, pues, la responsabilidad internacional *objetiva* del Estado, cuyos fundamentos ya expuse en mi Voto Concurrente, al cual me permito aquí referirme (párrs. 1-40) - en el caso de "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, Sentencia del 05.02.2001).

26. En el *cas d'espèce*, - tal como correctamente se señaló en un Voto Disidente Conjunto en el anterior caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005)⁵³, - el nexo causal se encuentra claramente configurado, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y la fijación del daño inmaterial, en las condiciones graves e inhumanas de vida - o sobrevida - a que se encuentran sometidos hace muchos años, por la falta de debida diligencia del Estado, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, condiciones estas que llevaron al fallecimiento - enteramente evitable - de varios de ellos.

27. En la melancólica "posmodernidad" de la actualidad, parece haberse olvidado de los fines del Estado, consubstanciados, en última instancia, en la realización del bien común. El bien común es el bien de todos (inclusive de los hoy día marginados), y no sólo de algunos. Con esto, volvemos a los orígenes históricos tanto del Estado nacional, que existe para el ser humano, - y no *vice versa*, - como del propio Derecho Internacional, el cual no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*⁵⁴. La realización del bien común presupone la

53 Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 11-13.

54 A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", in *Recueil des*

garantía, por todos los Estados, de condiciones de vida digna de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones.

VI. EL DERECHO A LA VIDA Y LA IDENTIDAD CULTURAL

28. El derecho a la vida es, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.

29. En su *jurisprudence constante*, esta Corte ha resaltado el carácter fundamental del derecho a la vida, inclusive para el disfrute de los demás derechos⁵⁵, y ha advertido que su observancia presenta “modalidades especiales” en determinadas circunstancias⁵⁶, particularmente cuando los individuos en cuestión se encuentran en situación de grave vulnerabilidad. Es precisamente lo que ocurre en el presente caso, en que la Corte dejó de razonar más a fondo - como debía - sobre el derecho fundamental a la vida en las circunstancias de marginación social y abandono del *cas d’espèce*.

30. En su escrito de alegatos finales, del 16.02.2006, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, los representantes de las víctimas señalaron que

“El no poder vivir en su tierra, les ha impedido a los miembros de la Comunidad, entre otras prácticas, enterrar a sus muertos, conforme a sus ritos y creencias”⁵⁷.

Cours de l’Académie de Droit International (2005), capítulos I-XXVII, 997 pp. (en prensa).

55 En sus Sentencias, v.g., en los casos de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros*, 1999), *Bulacio* (2003), *Juan Humberto Sánchez* (2003), *Myrna Mack Chang* (2003), *Instituto de Reeducación del Menor* (2004), *19 Comerciantes* (2004), *Huilca Tecse* (2005).

56 CtIADH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 124.

57 Página 48 del referido escrito.

Se ha, pues, afectado gravemente su identidad cultural. El vivir en sus tierras ancestrales es esencial para el cultivo y la preservación de sus valores, inclusive para su comunicación con sus antepasados.

31. Al respecto, en mi extenso Voto Razonado (párrs. 60-61) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), me permití recordar que el respeto a las relaciones de los vivos con sus muertos se encuentra presente en el origen del derecho de gentes, como lo señaló, en el siglo XVII, H. Grotius en el capítulo XIX del libro II de su obra clásica *De Jure Belli ac Pacis* (1625), dedicado al “derecho de sepultura”, inherente a todos los seres humanos, en razón de un precepto de “virtud y humanidad”⁵⁸. Y el propio *principio de humanidad*, - como bien lo recordó el erudito jusfilósofo G. Radbruch, - mucho debe a las culturas antiguas, habiendo se asociado, con el *pasar del tiempo*, a la propia formación espiritual de los seres humanos⁵⁹.

32. En mi Voto Razonado subsiguiente (del 08.02.2006) en el mismo caso de la *Comunidad Moiwana* (Interpretación de Sentencia), insistí en la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural (párrs. 17-24), de la cual *el proyecto de vida y de pós-vida* de cada miembro de la comunidad mucho depende; *la conciencia jurídica universal*, - agregué, - ha evolucionado de tal modo a reconocer esta apremiante necesidad, como ilustrado por

“la tríada de las significativas Convenciones de UNESCO, conformada por la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; y, más recientemente, la Convención de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales.

La Convención de UNESCO de 1972 advierte en su preámbulo que el deterioro o la desaparición de cualquier ítem del patrimonio cultural o natural empobrece lamentablemente la herencia cultural de ‘todas las naciones del mundo’, pues dicho patrimonio es del mayor interés y necesita ser preservado como ‘parte del patrimonio mundial de la humanidad como un todo’; de ahí de establecer un ‘sistema efectivo de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de

58 H. Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], tomo III (libros II y III), Madrid, Edit. Reus, 1925, pp. 39, 43 y 45, y cf. p. 55.

59 G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3a. ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

notable valor universal⁶⁰. La Convención de UNESCO de 2003 busca la salvaguardia del *patrimonio cultural inmaterial* (para esto invocando los instrumentos internacionales de derechos humanos), conceptualizado éste último como `the practices, representations, expressions, knowledge, skills (...) that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage'⁶¹.

La reciente Convención de UNESCO de 2005 fue precedida por su Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de 2001, la cual conceptualiza la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, y expresa su aspiración a una mayor solidaridad con base en el reconocimiento de la diversidad cultural, de una `conciencia de la unidad de la humanidad'⁶². Con posterioridad a dicha Declaración de 2001, la Convención de 2005, adoptada (el 20.10.2005) después de amplios debates⁶³, reiteró la concepción de la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, ponderando que "culture takes diverse forms across time and space" y esta diversidad se encuentra incorporada `in the uniqueness and plurality of the identities and cultural expressions of the peoples and societies making up humanity'⁶⁴. La Convención agregó que la diversidad cultural sólo puede ser protegida y promovida mediante la salvaguardia de los derechos humanos⁶⁵.

En mi entender, la conciencia jurídica universal ha evolucionado hacia el claro reconocimiento de la relevancia de la diversidad cultural para la universalidad de los derechos humanos, y vice-versa. Además, ha evolucionado hacia la *humanización* del Derecho Internacional, y la conformación de un nuevo *jus gentium* en este inicio del siglo XXI, de un Derecho

60 *Consideranda* 1 and 5.

61 Preámbulo y artículo 2(1).

62 Preámbulo y artículo 1 de la Declaración de 2001.

63 Cf., e.g., UNESCO/Conferencia General, documento 33-C/23, del 04.08.2005, pp. 1-16, y Anexos; y cf. G. Gagné (ed.), *La diversité culturelle: vers une Convention internationale effective?*, Montréal/Québec, Éd. Fides, 2005, pp. 7-164.

64 Preámbulo, *consideranda* 1, 2 y 7 de la Convención de 2005.

65 Artículo 2(1) de la Convención de 2005. Cf., al respecto, en general, v.g., A.Ch. Kiss y A.A. Caçado Trindade, "Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment", in *Human Rights, Sustainable Development and Environment* (Seminario de Brasilia de 1992, ed. A.A. Caçado Trindade), 2a. ed., Brasilia/San José de Costa Rica, IIDH/BID, 1995, pp. 289-290; A.A. Caçado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 282-283.

Internacional para la humanidad, - y la supracitada tríada de las Convenciones de UNESCO (de 1972, 2003 y 2005) son, en mi percepción, una de las muchas manifestaciones contemporáneas de la conciencia humana en ese sentido^{66'} (párrs. 21-24).

33. Aún antes de la adopción de las dos últimas Convenciones de la referida tríada, ya se había manifestado en el seno de la UNESCO el entendimiento según el cual la afirmación y preservación de la identidad cultural, inclusive de las minorías, contribuye a la "liberación de los pueblos":

"Cultural identity is a treasure which vitalizes mankind's possibilities for self-fulfillment by encouraging every people and every group to seek nurture in the past, to welcome contributions from outside compatible with their own characteristics, and so to continue the process of their own creation"⁶⁷.

Un atentado a la identidad cultural, como ocurrido en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, es un atentado al derecho a la vida *lato sensu*, del derecho de vivir, con las circunstancias *aggravantes* de los que efectivamente fallecieron. El Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir⁶⁸.

34. Me permito aquí ir más allá, ingresando en el plano de la deontología jurídica. Tal como sostuve en mi "*Curso General de*

66 Cf. A.A. Caçado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XIII (en prensa).

67 J. Symonides, "UNESCO's Contribution to the Progressive Development of Human Rights", 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* - Heidelberg (2001) p. 317. Y, sobre la proyección de la cultura en el tiempo, cf., v.g., A.Y. Gurevitch, "El Tiempo como Problema de Historia Cultural", in *Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sígueme/UNESCO, 1979, pp. 261-264, 272 y 280.

68 Cf., v.g., [Varios Autores,] *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle* (eds. D. Prémont y F. Montant), Genève, CID, 1992, pp. 1-91; J.G.C. van Aggelen, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-89; [Varios Autores,] *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 1-314. - El gran teatrólogo rumano Eugène Ionesco advertía que «en nuestro mundo desespiritualizado, la cultura es todavía lo último que nos permite sobrepasar el mundo cotidiano y reunir a los hombres. La cultura une a los hombres, la política los separa»; E. Ionesco, *El Hombre Cuestionado*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2002 [reed.], p. 34.

Derecho Internacional Público" del año pasado (2205) en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, la humanidad como tal ha emergido como sujeto de Derecho Internacional⁶⁹. La humanidad puede lamentablemente ser victimada, y por eso ha últimamente marcado presencia en la doctrina jusinternacionalista más lúcida. Y aquí, el gran reto de los juristas de las nuevas generaciones, reside a mi juicio en concebir y formular la construcción conceptual de la representación legal de la humanidad como un todo (abarcando las generaciones presentes y futuras), conllevando a la consolidación de su capacidad jurídica internacional, en el marco del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos⁷⁰.

VII. EL SUFRIMIENTO DE LOS INOCENTES Y LA CENTRALIDAD DE LA VÍCTIMA ABANDONADA COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

35. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaya* revela la centralidad, no de la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad, sino más bien de las víctimas, en una situación de alta vulnerabilidad, y que, aun sobreviviendo en condiciones de indigencia total, y virtual abandono, no obstante, han logrado que su causa fuera examinada por un tribunal internacional de derechos humanos para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. La centralidad de las víctimas, en las circunstancias más adversas, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pone de manifiesto su *derecho al Derecho*, su derecho a la justicia bajo la Convención Americana, el cual abarca la protección judicial (artículo 25) conjuntamente con las garantías judiciales (artículo 8). Tal derecho abarca toda la protección jurisdiccional, hasta la fiel ejecución de la Sentencia internacional (el derecho de acceso a la justicia internacional *lato sensu*), debidamente motivada, y fundamentada en el derecho aplicable en el *cas d'espèce*. El artículo

69 Como se puede desprender, v.g., del contenido de algunos instrumentos internacionales, sobre todo en los dominios del derecho ambiental internacional, del derecho del espacio exterior y del derecho internacional del mar, así como de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda.

70 A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XI (en prensa).

25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional.

36. Como señalé en mi reciente Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006),

“La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección.

Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 2003⁷¹, la Corte ya podía y debía haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia, - en lugar de intentar frenarla, - y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva n. 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*” (párrs. 64-65).

Es esta la hermenéutica emancipadora del ser humano que sostengo, con miras a poner fin sea a las arbitrariedades, o a las omisiones, o a la falta de debida diligencia por parte del Estado, a que cabe el papel de garante de los derechos de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción.

37. Transcurridos siete años desde la Sentencia de fondo de esta Corte en el caso paradigmático de los “Niños de la Calle” (*Villagrán*

71 En la cual sostuvo la Corte que el principio de la igualdad y la no-discriminación integra el dominio del *jus cogens* internacional.

Morales y Otros versus Guatemala, Sentencia del 19.11.1999)⁷², los abandonados y olvidados del mundo vuelven a alcanzar un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakye Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaxa* (la presente Sentencia. En el *cas d'espèce*, los forzosamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, ha efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia.

38. Hace una década, en las Sentencias de esta Corte sobre excepciones preliminares, de los días 30 y 31.01.1996, en los casos *Castillo Páez* y *Loayza Tamayo*, respectivamente, atinentes al Perú, avancé, en mis Votos Razonados las siguientes consideraciones, a las cuales de siguieron los cambios incorporados en el tercer y cuarto (y actual) Reglamentos de la Corte, que hoy - como siempre he sostenido - otorga *locus standi in iudicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte:

“(...) Sin el *locus standi in iudicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos.

En el universo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones. (...)

En nuestro sistema regional de protección, el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, - consideraciones estas que, en nuestros días, a mi modo de ver, carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional *de derechos humanos*.

⁷² Y cf. también la Sentencia sobre reparaciones del mismo caso, del 26.05.2001.

En el sistema interamericano de protección, cabe *de lege ferenda* superar gradualmente la concepción paternalista y anacrónica de la total intermediación de la Comisión entre el individuo (la verdadera parte demandante) y la Corte, según criterios y reglas claros y precisos, previa y cuidadosamente definidos. En el presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes dotado de personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales” (párrs. 14-17).

39. En el mismo año de 1996 se otorgó dicho *locus standi* en la etapa de reparaciones, por el tercer Reglamento de la Corte, del cual fui relator, y, cuatro años después, el cuarto Reglamento (2000), adoptado bajo mi Presidencia del Tribunal, extendió tal *locus standi* a todas las etapas del procedimiento ante la Corte. En efecto, a la personalidad jurídica internacional de la persona humana corresponde necesariamente su capacidad jurídica de actuar, de vindicar sus derechos, en el plano internacional. Esto se materializa a través de su acceso directo - entendido *lato sensu* - a la justicia internacional, implicando un verdadero derecho al Derecho (*droit au Droit*). La consolidación de su capacidad jurídica internacional marca la emancipación del individuo de su propio Estado, ilustrada por su *jus standi* ante los tribunales internacionales de derechos humanos (lo que ya es una realidad ante la Corte Europea). El derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia internacional se ha en fin cristalizado como el derecho a la realización de la justicia en el plano internacional.

40. Ya en la vigencia del tercer Reglamento de la Corte (de 1996), en la Sentencia de la Corte (sobre excepciones preliminares) en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú*, del 04.09.1998, en extenso Voto Concurrente me permití destacar el carácter *fundamental* del derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención Americana como “piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana” (párrs. 3 y 36-38). Mediante tal derecho de petición, - “conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, - se operó el “rescate histórico de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional” (párrs. 5 y 12).

41. Después de recorrer la *historia juris* de dicho derecho de petición (párrs. 9-15), me referí a la expansión de la noción de “víctima” en la

jurisprudencia internacional bajo los tratados de derechos humanos (párrs. 16-19), así como a la *autonomía* del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados (párrs. 21, 27 y 29), y agregué:

“La desnacionalización de la protección y de los requisitos de la acción internacional de salvaguardia de los derechos humanos, además de ampliar sensiblemente el círculo de personas protegidas, posibilitó a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (derecho *de gentes*), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no más simplemente “concedidos” por el Estado. Con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dio finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado. Por consiguiente, la acción de su protección no se agota - no puede agotarse - en la acción del Estado.

(...) Si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. (...) Sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. (...) El derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos” (párrs. 33 y 35).

42. Siendo la vía jurisdiccional la modalidad “más perfeccionada y evolucionada” de protección internacional de los derechos humanos, sostuve en aquel Voto Concurrente que los individuos debían tener “el derecho de acceso directo [a la Corte] independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa”, como la del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sus respectivos Estados (párr. 40). O sea, a mi juicio tanto el derecho de petición individual como la jurisdicción de la Corte Interamericana deberían ser *automáticamente mandatorios* para todos los Estados

Partes en la Convención Americana (párr. 41). Y ponderaré, en seguida, que

“Se trata de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no sólo en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para esto, prescindirían los individuos de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría funciones otras que la contenciosa⁷³, prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente⁷⁴.

(...) Más que todo, este salto cualitativo atendería, a mi modo de ver, a un imperativo de justicia. El *jus standi* - no más sólo *locus standi in judicio*, - irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa, - como he señalado en mis Votos en otros casos ante la Corte⁷⁵, - la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos.

La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios - la verdadera parte demandante - y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte). Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia *durante* el proceso. El derecho de acceso a la justicia a nivel internacional debe efectivamente hacerse acompañar de

73 A ejemplo de la realización de misiones de observación *in loco* y la elaboración de informes.

74 Ampliada, funcionando en cámaras, y con recursos humanos y materiales considerablemente mayores.

75 Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los casos *Castillo Páez* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 30.01.1996), párrs. 14-17, y *Loayza Tamayo* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 31.01.1996), párrs. 14-17, respectivamente.

la garantía de la igualdad procesal (*equality of arms/égalité des armes*) en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado.

(...) El *jus standi* de los individuos ante la Corte es una medida benéfica no sólo para los peticionarios sino también para ellos propios (los Estados que vengan a ser demandados), así como para el mecanismo de protección como un todo. Esto en razón de la jurisdiccionalización, garantía adicional de la prevalencia del *rule of law* en todo el contencioso de los derechos humanos bajo la Convención Americana.

Si deseamos realmente actuar en la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *jus standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *jus standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, tendrá alcanzado con eso su madurez" (párrs. 42-46).

43. En el año de 2001, redacté y presenté, como Presidente y relator de la Corte, a la Organización de los Estados Americanos (OEA), como próximo paso a ser dado en esta dirección (y tal como vengo insistiendo hace tiempo), una propuesta de consagración del *jus standi* de los individuos, para presentar sus demandas *directamente* ante la Corte, en forma de bases para un *Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, para fortalecer su mecanismo de protección⁷⁶. Considero esencial que los avances reglamentarios se plasmen en dicho Protocolo, para evitar retrocesos en el futuro, y asegurar el real compromiso de los Estados Partes,

76 A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669 (2a. ed., 2003).

dotado de base convencional, con la causa de los derechos humanos internacionalmente protegidos⁷⁷.

44. Como me permití ponderar en mi intervención del día 10 de junio de 2003 ante el plenario de la Asamblea General de la OEA en Santiago de Chile⁷⁸, la Corte Interamericana, en la evolución de sus procedimientos y de su jurisprudencia, ha dado una relevante contribución a “la consolidación del nuevo paradigma del Derecho Internacional, el nuevo *jus gentium* del siglo XXI, que consagra el ser humano como sujeto de derechos”⁷⁹. El Proyecto de Protocolo que redacté y presenté a la OEA ha conestado invariablemente en la agenda de la Asamblea General de la OEA (como lo ilustran las Asambleas de San José de Costa Rica en 2001, de Bridgetown/Barbados en 2002, de Santiago de Chile en 2003, y de Quito en 2004), y permanece presente en los documentos pertinentes de la OEA del bienio 2005-2006⁸⁰. Espero que en el futuro próximo genere frutos concretos.

45. En mi Voto Concurrente en el primer caso contencioso tramitado enteramente bajo el nuevo y cuarto Reglamento de la Corte, el de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), me permití ponderar, en la misma línea de pensamiento, que

“En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimitatio ad causam* en el

77 Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-455 (2a. ed., 2006). Y cf. A.A. Cançado Trindade, “El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional”, in *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2001) pp. 33-92.

78 Poco después de la realización, en esta ciudad, de una histórica sesión externa de la Corte Interamericana.

79 Cf. “Discurso [del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antónnio Augusto Cançado Trindade, en el Plenario de la Asamblea General de la OEA]”, in: OEA, *Asamblea General, XXXIII Período Ordinario de Sesiones (Santiago de Chile, Junio de 2003) - Actas y Documentos*, vol. II, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, pp. 168-171.

80 OEA, documento AG/RES.2129 (XXXV-0/050), del 07.06.2005, pp. 1-3; OEA, documento CP/CAJP-2311/05/Rev.2, del 27.02.2006, pp. 1-3.

Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. (...)” (par. 24)⁸¹.

Manifestaciones en este sentido se encuentran en la jurisprudencia reciente de esta Corte en materia no sólo *contenciosa*, sino también *consultiva*, a ejemplo de su Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), el cual se situó en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica do ser humano, al enfatizar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simple objeto de protección; fue éste el *Leitmotiv* que permeó todo la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte⁸².

46. Anteriormente, el contencioso del supracitado *leading case* de los “Niños de la Calle” (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999-2001) reveló la importancia del acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional, posibilitándoles vindicar sus derechos contra las manifestaciones del poder arbitrario, y dando un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Su relevancia fue claramente demostrada ante la Corte en el procedimiento de aquel caso histórico, en el cual las madres de los niños asesinados, tan pobres y abandonadas como los hijos, tuvieron acceso a la jurisdicción internacional, comparecieron a juicio⁸³, y, gracias a las Sentencias en cuanto al fondo y reparaciones de esta Corte⁸⁴, que las ampararon, pudieron por lo menos recuperar la fe en la Justicia humana⁸⁵.

47. Trascurridos cuatro años, el caso del *Instituto de Reeducción del Menor versus Paraguay* vino una vez más demostrar, como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 3-4) que el ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho

81 Más recientemente recordé esta ponderación en mi Voto Concurrente (párr. 7) en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de dos *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo del Tatuapé de FEBEM versus Brasil* (Resolución del 30.11.2005).

82 Y afirmado de modo elocuente en los párrafos 41 y 28 de la misma.

83 Audiencias públicas de los días 28-29.01.1999 y 12.03.2001 ante esta Corte.

84 De 19.11.1999 y de 26.05.2001, respectivamente.

85 En mi extenso Voto Razonado (párrs. 1-43) en aquel caso (Sentencia de reparaciones, del 26.05.2001), resalté precisamente este ponto, además de otro virtualmente inexplorado en la doctrina y jurisprudencia internacionales hasta la fecha, a saber, la tríada de la victimización, del sufrimiento humano y de la rehabilitación de las víctimas.

Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional. La Sentencia de la Corte en este último caso reconoció debidamente la alta relevancia de las históricas reformas introducidas por la Corte en su actual Reglamento (párrs. 107, 120-121 y 126), vigente a partir de 2001⁸⁶, en pro de la *titularidad*, de los individuos, de los derechos protegidos, otorgándoles *locus standi in judicio* en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte. Los referidos casos de los “Niños de la Calle” y del *Instituto de Reeducción del Menor* son testimonios elocuentes de tal titularidad, afirmada y ejercida ante esta Corte, aún en situaciones de la más extrema adversidad⁸⁷.

48. En mi Voto Concurrente en otro caso contencioso resuelto por esta Corte, el de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia de 28.02.2003), - el primer caso tramitado enteramente bajo el cuarto y actual Reglamento de la Corte, - ponderé, en la misma línea de pensamiento, que

“En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad del siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatío ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. (...)” (párr. 24)⁸⁸.

86 Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, «Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: quelques réflexions sur la condition de l’individu comme sujet du Droit international», in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365.

87 Como, no caso do *Instituto de Reeducação do Menor*, as que padeceram os internos no Instituto “Panchito López”, inclusive em meio a três incêndios (com internos mortos queimados, ou feridos), e mesmo ante as limitações de sua capacidade jurídica em razão de sua condição existencial de meninos (menores de idade); ainda assim, sua *titularidade* de direitos emanados diretamente do direito internacional tem subsistido intacta, e sua causa alcançou um tribunal internacional de direitos humanos.

88 Más recientemente recordé esta ponderación en mi Voto Concurrente (párr. 7) en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de dos *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo del Tatuapé de FEBEM versus Brasil* (Resolución del 30.11.2005).

49. Manifestaciones en este sentido por parte de la Corte se encuentran igualmente en el ejercicio de su función consultiva. a ejemplo de su Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), la cual se situó en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al enfatizar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no como simple objeto de protección. Fue éste el *Leitmotiv* que permeó toda la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte⁸⁹.

50. En los cinco últimos años, los individuos peticionarios han pasado a participar activamente en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana, con resultados muy positivos en los tres últimos años. Además, pasaron igualmente a tener participación de las más activas también en el procedimiento consultivo, como ilustrado por lo ocurrido en relación con las históricas Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01 de octubre de 1999), y Opinión Consultiva n. 18, sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17 de septiembre de 2003).

51. La participación directa de los individuos, en los últimos años, en todo el procedimiento ante la Corte, no se ha limitado a los casos contenciosos y opiniones consultivas. Se ha extendido igualmente a las medidas provisionales de protección, en casos ya bajo el conocimiento de la Corte, a partir de los casos del *Tribunal Constitucional* (2000), y de *Loayza Tamayo* (2000), ambos relativos al Perú. Esto demuestra no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia. Estamos, en efecto, en medio de un proceso histórico, y jurídicamente revolucionario, de construcción del nuevo paradigma propio del *jus gentium* de este inicio del siglo XXI.

52. El presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, precedido por el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, se insertan en la línea de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado para la vindicación de los derechos que le son inherentes, y que son anteriores y superiores a dicho Estado. Los miembros

⁸⁹ Y afirmado de modo elocuente en los párrafos 41 y 28.

de las referidas comunidades indígenas, abandonados a la vera de carreteras, tuvieran su causa examinada y resuelta (aunque de modo no enteramente satisfactorio) por un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quizás este desarrollo de la conciencia humana universal no pudiera ser anticipado por los llamados "realistas" hace algunos años atrás. Algo ha efectivamente cambiado en el mundo, y, en este particular, para mejor.

53. Con el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la conciencia humana parece haber despertado para el sufrimiento de los abandonados en las calles y la vera de las carreteras del mundo. El ser humano empieza a entender que no puede vivir en paz consigo mismo ante el sufrimiento silencioso de los demás, inclusive de los que lo circundan. Es posible, y así lo espero, que, mediante la presente Sentencia de la Corte, la "noche oscura"⁹⁰ de los miembros de la *Comunidad Sawhoyamaxa* esté llegando al fin. El Estado demandado dio muestras, en trechos de sus dos escritos presentados ante la Corte en el presente caso, de su disposición de cumplir fielmente con la Sentencia de la Corte.

54. El sufrimiento humano sigue siendo un misterio que permea la existencia de todos y de cada uno. A lo largo de los siglos, ha sido objeto de reflexión por parte de teólogos, filósofos y escritores (y, en menor escala, inclusive de juristas). Sin embargo, a mi modo de ver, no han logrado explicarlo convincentemente, y no han encontrado una respuesta satisfactoria para su presencia a lo largo de la existencia humana. Algunos - sobre todo teólogos y filósofos - han encontrado algún consuelo en sus reflexiones, sobre todo al señalar el carácter temporario o pasajero del mismo (dado que el propio tiempo existencial suele ser breve), y la búsqueda de un apoyo trascendental ante el mismo.

55. Pero, ¿cómo explicar el sufrimiento de niños inocentes? ¿Cómo entender el destino de un niño nacido en la vera de una carretera, que pasa rápidamente por esta vida y luego fallece en la vera de la misma carretera? Más que un absurdo, es una gran injusticia, un sufrimiento causado por el hombre a sus semejantes. Gran parte del sufrimiento humano es causada por el propio hombre; fue lo que señaló, v.g., C.S. Lewis en su estudio sobre *El Problema del Sufrimiento* (1940), en que recuerda las ponderaciones de Aristóteles y Tomás de Aquino en cuanto a la importancia del *conocimiento* de la existencia del mal,

90 Parafraseando las célebres meditaciones de San Juan de la Cruz, en el siglo XVI.

para enfrentarlo y no dejar tomarse por él⁹¹. Casi un siglo antes, en sus reflexiones sobre *El Sufrimiento del Mundo* (1850), A. Schopenhauer advertía para la triste situación de los que “lived tormented lives in poverty and wretchedness, without recognition, without sympathy”, mientras todas las facilidades y ventajas “went to the unworthy”⁹², - para expresar su propia inconformidad con tal situación:

“(...) Existence is typified by unrest. In such a world, where no stability of any kind, no enduring state is possible, where everything is involved in restless change and confusion and keeps itself on its tightrope only by continually striding forward, - in such a world, happiness is not so much as to be thought of”⁹³.

56. Difícilmente se encontraría una explicación para el sufrimiento humano. Lo más probable es que los intelectualmente honestos pasen toda la vida buscándola, y esta búsqueda es todo a que puedan aspirar. Recientemente, un teólogo de 91 años de edad resolvió dar a público un relato de los diálogos personales que mantuvo con Albert Camus, 40 años después de la muerte trágica de este gran escritor del siglo XX, agnóstico y profundo investigador del alma humana. En su relato dio cuenta de la búsqueda desesperada, y en vano, de A. Camus (movida por su fe humanista, más que religiosa) por una explicación para la desgracia de la condición humana, y su desahogo en una ocasión:

“El silencio del universo me llevó a concluir que el mundo no tiene significado. Este silencio señala los males de la guerra, de la pobreza y del sufrimiento del inocente. (...) Todo lo que puedo hacer es escribir al respecto y seguir escribiendo al respecto”⁹⁴.

Después de transcribir estas palabras de A. Camus, el referido teólogo agregó que “uno de los problemas más difíciles que los seres humanos tienen que enfrentar es la existencia del mal. No es un

91 C.S. Lewis, *The Problem of Pain*, N.Y., Harper Collins, 1996 [reed.], pp. 123-124, y cf. pp. 86 y 117.

92 A. Schopenhauer, *On the Suffering of the World*, London, Penguin, 2004 [rred.], p. 132.

93 *Ibid.*, p. 18.

94 *Cit. in* H. Mumma, *Albert Camus e o Teólogo*, São Paulo, Carrenho Edit., 2002, p. 30.

problema exclusivamente religioso. Cualquier persona sensible es perturbada por el mal y por el dolor”⁹⁵.

57. No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, - así como del anterior caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, - y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. Como advertí en mi Voto Razonado en la Sentencia sobre reparaciones en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 26.05.2001), la tríada formada por la *victimización*, el *sufrimiento humano* y la *rehabilitación de las víctimas*, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 2-3 y 23 del Voto), tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.

58. En el mismo Voto Razonado en el caso de los “*Niños de la Calle*” (reparaciones), me permití advertir además que

“(…) Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás” (párr. 22).

59. Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, resonado en el plano internacional. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Esto es particularmente significativo por las

⁹⁵ *Ibid*, pp. 31-32.

circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena.

VIII. REFLEXIONES FINALES

1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Formación y Desarrollo del Derecho de Gentes (*Jus Gentium*)

60. En los últimos años, se vienen desarrollando proyectos (de declaraciones) y estudios, en el ámbito de organizaciones internacionales (tanto las Naciones Unidas como la Organización de los Estados Americanos - OEA), tendientes al reconocimiento del *jus standi* de los pueblos indígenas (sea ante los órganos convencionales de derechos humanos de Naciones Unidas, sea ante los tribunales internacionales - Cortes Interamericana y Europea - de derechos humanos). En el marco de la aserción de la personalidad jurídica internacional, y del ejercicio de la capacidad jurídica internacional, de los miembros de las comunidades indígenas, han asumido especial importancia sus derechos a sus tierras ancestrales⁹⁶.

61. Se ha sugerido que estos ejercicios en los últimos años han sido movidos por un imperativo ético, para rescatar una deuda histórica que la comunidad internacional siente tener con los pueblos indígenas, para remediar y reparar las injusticias que les fueron causadas en los planos tanto material como espiritual. Más que en relación con otras minorías, el despertar de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal, para la necesidad de la consagración del *jus standi* de los pueblos indígenas se configura como un verdadero imperativo ético para el rescate de una deuda social histórica⁹⁷. En nada sorprende, pues, que hoy día se multipliquen, de modo alentador, los estudios dedicados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas⁹⁸.

96 A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen/Groningen, Intersentia-Hart, 2001, p. 227, y cf. pp. 134, 172, 175 y 213.

97 *Ibid*, pp. 228 y 232-233.

98 Cf., *inter alia*, v.g., R. Stavenhagen y D. Iturralde, *Entre la Ley y la Costumbre - El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/IIDH, 1990, pp. 15-388; R. Stavenhagen, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, México, El Colegio de México/IIDH, 1988, pp. 9-353; A.A. An-Na'im, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives - A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 189-384; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 329-382; P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*,

62. Las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, y las reparaciones debidas a estos últimos, se encuentran, en efecto, en las raíces del proceso histórico de formación del derecho de gentes, del *jus gentium*. Lo demuestran con vehemencia, en el siglo XVI, las célebres *Relecciones Teológicas* de Francisco de Vitoria, en particular su célebre *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), así como los *Tratados Doctrinales* (1552-1553) de Bartolomé de las Casas. Ambos autores se fundamentaron en el jusnaturalismo para desarrollar sus sólidos argumentos en defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

63. En sus célebres *Relecciones* del siglo XVI, F. de Vitoria insistió en la necesidad de fiel observancia del *principio de humanidad* (invocando las reflexiones de Cícero), para enfrentar las “muchas atrocidades y crueldades fuera de toda humanidad”⁹⁹. Afirmó F. de Vitoria que no se podía impedir los indígenas de “tener verdadero y legítimo dominio, tanto privado como público o político”, y agregó que el fundamento último del Derecho consiste

“en la dignidad de la persona humana como *ser racional*. El hombre se constituye en persona moral y sujeto capaz de derechos y deberes por su racionalidad, ya que por el uso de su facultad racional y su consiguiente libertad tiene *dominio de sus propios actos* y es también dueño de elegir libremente sus destinos (...). La facultad racional es, pues, la raíz fundamento formal que otorga al hombre el ser *capaz de dominio* y de derechos”¹⁰⁰.

Manchester, University Press/Juris Publ., 2002, pp. 1-429; P. Pérez-Sales, R.B. Herzfeld y T. Durán Pérez, *Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía - Una Aproximación Étnica*, Santiago de Chile, Ed. LOM/Universidad Católica de Temuco, 1988, pp. 7-300; S.J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2a. ed., Oxford, University Press, 2004, pp. 3-291; N. Rouland, S. Pierré-Caps y J. Poumarède, *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*, Brasilia, Edit. Universidad de Brasilia, 2004, pp. 9-608; J. Castellino y N. Walsh (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 89-116 y 249-267; S. Tristán Donoso, *Régimen de Propiedad de Pueblos Indígenas*, Panamá, Centro de Asistencia Legal Popular, 1993, pp. 3-62; J.E.R. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, 2001, pp. 1-160.

99 Cf. F. de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985 [reed.], pp. 95-96 y 98-99.

100 T. Urdanoz (ed.), *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas*, Madrid, BAC, 1960, p. 521, y cf. p. 552.

64. Elocuente defensor del jusnaturalismo¹⁰¹, sostenía F. de Vitoria que el derecho natural está conforme a la *recta ratio*, emanando, pues, no de la voluntad sino de la razón, con miras a la realización sobre todo del bien común¹⁰². Como señalé en libro reciente, aún mucho antes de F. Vitoria, la *recta ratio* fue muy bien captada y conceptualizada por Platón y Aristóteles, y luego, de modo insuperable, por Cícero y Tomás de Aquino, para en seguida ser debidamente situada en los fundamentos del *jus gentium*, precisamente por F. Vitoria, además de F. Suárez y H. Grotius¹⁰³. En efecto, el imperativo del *bien común* está profundamente arraigado en el pensamiento de Francisco de Vitoria, para quien constituye él una “finalidad superior” de la *civitas maxima*, y la propia evolución del derecho de gentes debe ser “obra colectiva de la comunidad humana” como un todo¹⁰⁴.

65. A su vez, Bartolomé de las Casas denunció, en sus *Tratados Doctrinales* del mismo siglo XVI, que la “despoblación de más de dos mil leguas de tierra”, efectuada con “crueldad e inhumanidad” por “los españoles en las Indias”, generó “la perdición y muerte de tan infinitas gentes”¹⁰⁵, además de la

“destrucción de su estado y de todo el bien común de aquel mundo, y contra el derecho de particulares, y contra la ley natural, quitando y robando y tiranizando no sólo las haciendas, pero la libertad, las vidas y las personas de unos para darlo a otros”¹⁰⁶.

66. Según la enseñanza de B. de las Casas, a ninguna persona le es lícito desposeer a los demás, causar un tal agravio a los demás, transgrediendo así el derecho natural, y el de gentes¹⁰⁷. Esto llevó el autor a distinguir el derecho de gentes primordial, - para conservar

101 Cf. *ibid.*, pp. 564 y 675.

102 F. de Vitoria, *La Ley [De Lege - Commentarium in Primam Secundae, 1533-1534]*, Madrid, Tecnos, 1995 [reed.], pp. 5, 23 y 77. Sobre la *recta ratio* como fundamento último del *jus gentium*, cf. A.A. Caçado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

103 A.A. Caçado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

104 Yves de la Brière, «Introduction», in *Vitoria et Suarez - Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 5 y 10.

105 B. de las Casas, *Tratados*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 219.

106 B. de las Casas, *Tratados*, tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 761.

107 *Ibid.*, tomo II, p. 1249.

los pactos, la libertad y el bien común, - del secundario, frente a la “maldad de los hombres”, las guerras y los cautiverios¹⁰⁸. El rol de cada agente del poder público, - agregó, - debe ser posibilitar que cada criatura racional “alcance su fin” (sobre todo espiritual) como ser humano¹⁰⁹. Al expresar su indignación ante las despoblaciones, matanzas, servidumbre y otras crueldades perpetradas contra los indígenas, B. de Las Casas - al igual que F. de Vitoria, - invocó expresamente la *recta razón* y el derecho natural¹¹⁰.

67. Los discursos penetrantes de F. Vitoria y B. de las Casas en el siglo XVI siguen resonando en la conciencia humana y revistiéndose de triste actualidad¹¹¹. A lo largo de los siglos, cambiaron los victimarios, pero las víctimas siguen siendo las mismas, los pueblos indígenas en situación de alta vulnerabilidad, como ilustrado en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* en este inicio del siglo XXI. Pero ha habido una evolución de la conciencia humana que hoy día hace la diferencia: la existencia de una jurisdicción internacional de los derechos humanos, última esperanza de los marginados y olvidados en las jurisdicciones nacionales.

68. En el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, una vez más, el despertar de la conciencia jurídica universal, - como fuente *material* última de todo el Derecho, como vengo insistiendo en mis numerosos Votos en el seno de esta Corte¹¹², - ha de nuevo posibilitado, después de los casos de los “Niños de la Calle” (1999-2001) y de la *Comunidad Yakye Axa* (2005), que los olvidados y abandonados del mundo, sobreviviendo en circunstancias las más adversas en medio a la total indignancia a ellos impuesta por sus semejantes, alcanzasen

108 *Ibid*, tomo II, p. 1255.

109 Cf. *ibid*, tomo II, p. 1263.

110 Cf. B. de las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* [1552], Barcelona, Ediciones 29, 1997 [reed.], pp. 7-94, esp. pp. 9 y 41.

111 Sobre la insensatez y el “mal esencial” de las relaciones de dominación y opresión, cf., v.g., Simone Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Oposición Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-84 y 130-131.

112 Cf. mi Voto Concurrente en la pionera Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), párrs. 3-4, 12 y 14; Voto Concurrente en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (2000), párr. 12; Voto Razonado en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (fondo, 2000), párrs. 28 y 16; Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados* (2003), párrs. 23-25 y 28-30, esp. par. 29; entre otros.

la instancia judicial internacional en búsqueda de la realización de la justicia.

2. La Gran Lección del Presente Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*

69. En mi entender, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, al igual que en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, se comprobó fehacientemente la responsabilidad internacional del Estado por la creación, y la perpetuación en el tiempo, de la situación de condiciones infrahumanas de vida que llevaron a la muerte de varios miembros de *ambas* Comunidades Indígenas. Al contrario de lo que sostuvo la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*, no se necesitaba prueba adicional alguna, ninguna “prueba para mejor proveer” (la *probatio diabolica*). Y la presunta ausencia de prueba (adicional) no podría jamás (como concluyó equivocadamente la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*) ser entendida como comprobando la no-ocurrencia de la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa. En su afán de decidir apresuradamente aquel caso (y otros), la mayoría de la Corte se apartó de la propia jurisprudencia del Tribunal, tanto en materia de derecho material - en relación con el derecho fundamental e inderogable a la vida - como en materia probatoria.

70. Menos mal que, transcurridos nueve meses desde aquella lamentable equivocación, la mayoría de la Corte rectificó enteramente su posición en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, y se reencontró así con la más lúcida jurisprudencia del Tribunal. Pero subsiste el hecho de que los familiares de los muertos de la *Comunidad Yakye Axa* no encontraron justicia plena ante esta instancia máxima interamericana, mientras que los de la *Comunidad Sawhoyamaxa* sí.

71. De nada valdría, para evitar no admitir esta manifiesta equivocación, intentar sugerir que los dos casos no son “similares” o “idénticos”. Sería un sofisma inaceptable. Salta a los ojos, como evidencia ineluctable, que tanto en el caso de la *Comunidad Yakye Axa* como en el de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, las violaciones de la Convención Americana son las mismas; la prueba es la

misma; el perito (Sr. P. Balmaceda Rodríguez)¹¹³ es el mismo; los victimados de ambas Comunidades pertenecen al mismo Pueblo Indígena (Enxet-Lengua)¹¹⁴ y al mismo subgrupo de antepasados (Chanawatsam)¹¹⁵; las condiciones infrahumanas de sobrevivida en la indigencia de los miembros de ambas Comunidades son las mismas; los alegatos del Estado (en cuanto a la alegada entrega de víveres y a la supuesta asistencia médica brindada) son, para ambas Comunidades, los mismos¹¹⁶; los representantes de las víctimas en ambos casos son¹¹⁷ los mismos¹¹⁸; el decreto de emergencia para ambas Comunidades (expresamente mencionadas en conjunto en dicho decreto) es el mismo; el Departamento (de Presidente Hayes) de ambas Comunidades es el mismo; y hasta la carretera (que une Pozo Colorado y Concepción), en cuya vera los miembros de ambas Comunidades siguen sobreviviendo en condiciones de pobreza crónica¹¹⁹, es la misma.

72. En realidad, lo único que no es lo mismo son, sorprendentemente, los criterios discrepantes utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos, en la valoración de la prueba para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida. Lo decidido por la mayoría de la Corte en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa* raya lo absurdo, por cuanto estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los sobrevivientes, pero ino estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los que efectivamente fallecieron! *Summum jus, summa injuria*.

73. La gran lección a extraerse de este lamentable desvío jurisprudencial, remediado y superado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya*, es para mí clara. Un tribunal internacional de derechos humanos no puede perderse en tecnicismos, propios de tribunales nacionales (sobre todo en materia penal). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede intentar frenar su propia jurisprudencia, pues actuamos en

113 Cf. párrafo 34(h) de la presente Sentencia.

114 Cf., v.g., el párrafo 114(f) de la presente Sentencia.

115 Y dos familiares de la Comunidad Yakye Axa se juntaron a la Comunidad Sawhoyamaya.

116 Cf., v.g., el párrafo 57 de la presente Sentencia.

117 Con excepción de CEJIL, participante sólo en el contencioso del caso de la *Comunidad Yakye Axa*.

118 Los integrantes de la organización no-gubernamental Tierraviva.

119 Separadas una de la otra por 43 km.

un dominio de protección que no admite retrocesos, como ya había yo firmemente advertido en mis extensos Votos Disidentes (párrs. 1-49, y 1-75, respectivamente) en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencias de excepciones preliminares, del 23.11.2004, y de fondo y reparaciones, del 01.03.2005). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, aún más cuando los justiciables se encuentran en una posición de flagrante vulnerabilidad, si no de abandono, condenados - muchos desde su nacimiento - por sus semejantes a la marginación social, y a la pobreza crónica, la cual constituye, a mi modo de ver¹²⁰, la denegación de la totalidad de los derechos humanos.

74. *Last but not least*, en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya*, la Corte ha, *sponte sua*, correctamente tomado la decisión de, en aplicación del principio *jura novit curia*, examinar por primera vez el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana), a la luz de las circunstancias del *cas d'espèce*. Teniendo presente que niños y niñas de la referida Comunidad no contaron con "partida de nacimiento, certificado de defunción o cualquier otro tipo de documento de identificación" (párr. 72.73), la Corte acertadamente estableció la violación del artículo 3 - en relación con el artículo 1(1) - de la Convención en el presente caso. No es mi propósito discurrir, en el final de este Voto Razonado, sobre la relevancia de la personalidad jurídica del ser humano en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.

75. Me limito a hacer referencia a algunos de mis escritos sobre la materia¹²¹, señalando un aspecto importante que se desprende del

120 A.A. Caçado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª. ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 203, 221 y 494; A.A. Caçado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 73-75.

121 A.A. Caçado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Direito Internacional* (Cidade do México, dez. de 2001), Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347; A.A. Caçado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239; A.A. Caçado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* - Madrid

presente caso: aunque el Estado deje de reconocer la personalidad jurídica del ser humano como sujeto de derecho, apto a ejercer sus derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico interno, ni por eso el ser humano se encuentra privado de su personalidad jurídica, pues el derecho a dicha personalidad es un derecho inherente al ser humano. Aquí, una vez más, se evidencia el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Ante las carencias de estos últimos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene al amparo de los individuos, para asegurarles la plena vigencia del derecho básico a la personalidad jurídica, de que nadie puede ser privado. El individuo, - como vengo sosteniendo en las últimas cuatro décadas, - es *sujeto del derecho tanto interno como internacional*, dotado en ambos ordenamientos jurídicos de personalidad jurídica, y de la correspondiente capacidad jurídico-procesal para vindicar los derechos que le son inherentes.

76. De ahí, una vez más, mi pesar ante al hecho de que la Corte haya omitido de dar, ya en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, ese paso positivo, en cuanto al artículo 3 de la Convención Americana, plasmado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* (párrs. 183-190). Aquí, una vez más, los distintos criterios utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos congéneres han aumentado el flagrante desequilibrio del tratamiento jurídico de la protección brindada a los victimados de las dos Comunidades indígenas en cuestión, que se encuentran en la

(2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *37 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *37 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international, in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle - K. Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", *6/7 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

misma situación, padeciendo de las mismas privaciones y los mismos sufrimientos. Esto injustificable desequilibrio suele ocurrir cuando, en las deliberaciones judiciales, los requisitos de las tan necesarias paciencia y reflexión pierden terreno para la prisa y la precipitación, contra las cuales he estado en los últimos meses me posicionando, con *vox clamantis in deserto*, en el seno de la Corte.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez
